

**Artikel 33 Grundgesetz  
und die sogenannten  
staatlich gebundenen Berufe**

Inaugural-Dissertation  
zur  
Erlangung der juristischen Doktorwürde  
der  
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät  
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

**Friedrich Burger**  
Gerichtsreferendar aus Bremen

**Marburg/Lahn 1967**

Druck: Buch- und Offsetdruckerei H. Kombächer, Marburg/Lahn

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

angenommen am: 10. Februar 1967

Berichterstatter: Professor Dr. Rupp

Mitberichterstatter: Professor Dr. Hoffmann

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Februar 1967

ARTIKEL 33 GRUNDGESETZ  
UND DIE SOGENANNTE  
STAATLICH GEBUNDENEN BERUFE

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät  
der Philipps - Universität zu Marburg



vorgelegt von

Friedrich Burger  
Gerichtsreferendar aus Bremen

Marburg 1967

Druck von H. Kombächer in Marburg

LIBRARY  
OF THE  
UNIVERSITY OF CHICAGO

UNIVERSITY OF CHICAGO

1911

RECEIVED AT THE UNIVERSITY OF CHICAGO

1911

RECEIVED AT THE UNIVERSITY OF CHICAGO



RECEIVED AT THE UNIVERSITY OF CHICAGO

RECEIVED AT THE UNIVERSITY OF CHICAGO

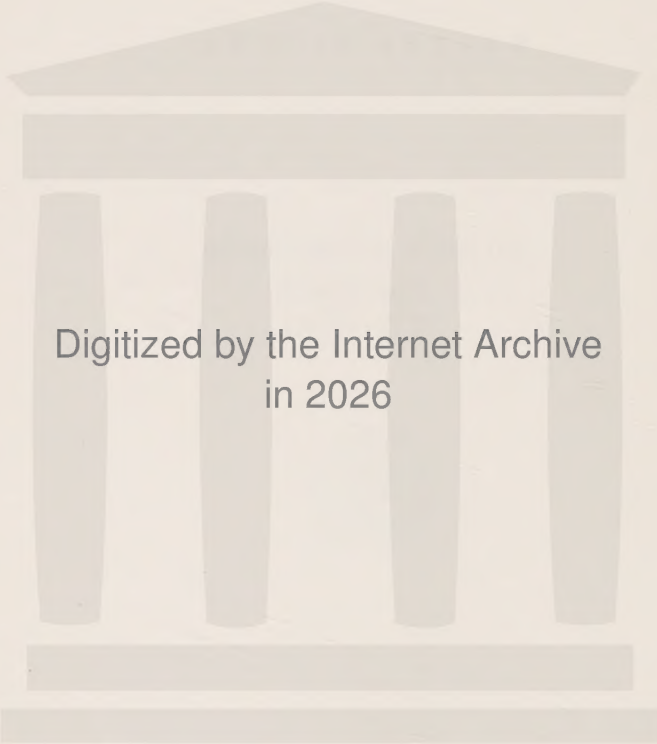
RECEIVED AT THE UNIVERSITY OF CHICAGO

M E I N E N   E L T E R N

FRIEDRICH WILHELM BURGER

VERA BURGER

† 15.9.1956



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

## INHALTSVERZEICHNIS

|                                                                   | Seite  |
|-------------------------------------------------------------------|--------|
| Literaturverzeichnis                                              | IV-XIX |
| Abkürzungsverzeichnis                                             | XX-XXI |
| <br>                                                              |        |
| Einleitung: Problemstellung                                       | 1      |
| <br>                                                              |        |
| 1. TEIL: Begriff und Bedeutung der<br>staatlich gebundenen Berufe | 4      |
| <br>                                                              |        |
| I. Historischer Abriss                                            | 4      |
| <br>                                                              |        |
| II. Der Begriff                                                   | 8      |
| <br>                                                              |        |
| A. Darstellung der bisherigen<br>Stellungnahmen                   | 10     |
| 1. Das Bundesverwaltungsgericht                                   | 10     |
| 2. Das Bundesverfassungsgericht                                   | 13     |
| 3. Bachof und Hamann                                              | 15     |
| 4. Badura                                                         | 17     |
| <br>                                                              |        |
| B. Kritik                                                         | 19     |
| <br>                                                              |        |
| 1. Darstellung                                                    | 19     |
| a) Das Bundesverwaltungsgericht                                   | 19     |
| b) Das Bundesverfassungsgericht                                   | 23     |
| c) Bachof und Hamann                                              | 24     |
| d) Badura                                                         | 26     |
| 2. Die Monopolberufe                                              | 30     |
| 3. Zusammenfassung                                                | 32     |
| <br>                                                              |        |
| C. Wesensmerkmale der<br>staatlich gebundenen Berufe              | 34     |

|                                                                                | Seite  |
|--------------------------------------------------------------------------------|--------|
| III. Eigene Einteilung                                                         | 38     |
| 1. Staatlich gebundene Berufe<br>mit Beleihung                                 | 38     |
| a) Theorie der Beleihung                                                       | 41     |
| b) Träger gebundener Berufe<br>als Beliehene                                   | 48     |
| 2. Staatlich gebundene Berufe<br>mit Erlaubnis                                 | 50     |
| <br>2. TEIL: Die Stellung der staatlich gebundenen<br>Berufe in der Verfassung | <br>57 |
| <br>I. Vorbemerkungen über<br>die Auslegung des Grundrechts                    | <br>57 |
| 1. Der Methodenstreit                                                          | 57     |
| 2. Topik                                                                       | 62     |
| <br>II. Art. 12 I GG                                                           | <br>65 |
| A. Darstellung der<br>bisherigen Stellungnahmen                                | 66     |
| 1. Das Bundesverwaltungsgericht                                                | 66     |
| 2. Von der Heide                                                               | 67     |
| 3. Werner                                                                      | 68     |
| 4. Rupp                                                                        | 69     |
| 5. Römer                                                                       | 71     |
| 6. Das Bundesverfassungsgericht                                                | 72     |
| B. Kritik                                                                      | 73     |
| 1. Das Bundesverfassungsgericht                                                | 73     |
| 2. Das Bundesverwaltungsgericht                                                | 76     |
| 3. Von der Heide                                                               | 77     |
| 4. Werner                                                                      | 78     |
| 5. Rupp                                                                        | 80     |
| 6. Römer                                                                       | 85     |
| a) Das öffentliche Amt                                                         | 85     |
| b) Art. 33 II GG                                                               |        |

|                                                                                                 | Seite |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| C. Die Bedeutung des Art.12 I GG                                                                | 95    |
| 1. Vorbemerkung                                                                                 | 95    |
| 2. Art.12 I GG                                                                                  | 97    |
| D. Die Möglichkeiten einer Einschränkung<br>des Art.12 für die staatlich gebun-<br>denen Berufe | 104   |
| III. Analogie oder extensive Auslegung                                                          | 108   |
| IV. Die analoge Anwendung des Art.33 GG                                                         | 110   |
| 1. Die Methode des BVerfG                                                                       | 110   |
| 2. Die drei Möglichkeiten der analogen<br>Anwendung des Art. 33 GG                              | 112   |
| 3. Die analoge Anwendung des<br>Art.33 II GG                                                    | 116   |
| a) Feststellung einer Normlücke                                                                 | 118   |
| b) Die Gewinnung des<br>analogen Obersatzes                                                     | 122   |
| aa) Die Grundsätze des<br>Art.33 II GG                                                          | 122   |
| bb) Wertung                                                                                     | 129   |
| V. Die Organisationsgewalt                                                                      | 141   |
| 1. Der Begriff der Organisationsgewalt                                                          | 143   |
| 2. Die Grenzen der Organisationsnormen                                                          | 146   |
| 3. TEIL: Zusammenfassung und Schluß                                                             | 155   |

LITERATURVERZEICHNIS

- Abel, Gunther Die Bedeutung der Lehre von den  
Einrichtungsgarantien für die  
Auslegung des Bonner Grundgesetzes,  
Berlin 1964
- Abraham, Hans Jürgen Der Meinungsstreit über die Zulässig-  
keit der Bedürfnisprüfung und die  
Rechtsprechung des BVerwG,  
in JZ 1954, S.561 ff.
- Anschütz, Gerhard Die Verfassung des Deutschen Reiches  
vom 11.8.1919, Kommentar  
Unveränderter photomechanischer  
Nachdruck der 14.Aufl.  
Berlin 1933, Bad Homburg 1960
- Bachof, Otto Zum Apothekenurteil des BVerfG  
in JZ 1958, S.468 ff.
- /Heidenhain,  
Martin Die Berufsfreiheit in der Recht-  
sprechung des BSozG,  
in Rechtsschutz im Sozialrecht,  
Beiträge zum ersten Jahrzehnt der  
Rechtsprechung des BSozG, S.5 ff.  
Köln, Berlin, Bonn, München 1965
- Freiheit des Berufs,  
in Die Grundrechte, hrsg.v. Better-  
mann-Nipperdey-Scheuner, III.Bd,  
1.Halbbd, S.155 ff., Berlin 1958
- Die Rechtsprechung des BVerwG,  
in JZ 1957, S.334 ff.
- Teilrechtsfähige Verbände des  
öffentlichen Rechts,  
in: AÖR 83 (1958), S.208 ff.  
Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht,  
Verfahrensrecht in der Rechtspre-  
chung des BVerwG, Tübingen 1963
- Badura, Peter Die Methoden der neueren Staatslehre,  
Erlangen 1959
- Das Verwaltungsmonopol,  
Berlin 1963

- Ballerstedt, Kurt      Wirtschaftsverfassungsrecht,  
in: Die Grundrechte,  
hrsg. v. Bettermann-Nipperdey-Scheuner  
III. Bd, 1. Halbbd, S. 1 ff.,  
Berlin 1958
- Bäumlin, Richard      Staat, Recht und Geschichte  
Zürich 1961
- Bank, Bernhard      Zur Einschränkung der Grundrechte  
im Beamtenverhältnis  
in: ZBR 1963, S. 227 ff.
- Bartholomeyczik,  
Horst      Die Kunst der Gesetzesauslegung,  
2. Aufl. Frankfurt 1960
- Becker, Hans-Joachim      Zum Grundrecht der freien Berufswahl  
in: NJW 1955, S. 1737 f.
- Bender, Bernd      Zur Methode der Rechtsfindung bei  
der Auslegung und Fortbildung des  
gesetzten Rechts,  
in: JZ 1957, S. 593 f.
- Allgemeines Verwaltungsrecht,  
2. Aufl. Freiburg 1956
- Biermann, Jürgen      Die Zulässigkeitsvoraussetzungen  
staatlicher Monopole im Grundge-  
setz, Diss. Mainz 1965
- BK      Kommentar zum Bonner Grundgesetz,  
hrsg. v. Bodo Dennewitz u. a.  
Hamburg 1950 ff.
- Böckenförde,  
Ernst-Wolfgang      Die Organisationsgewalt im Bereich  
der Regierung  
Berlin 1964
- Brunnbauer, Theo      Hergebrachte Grundsätze des Berufs-  
beamtentums gemäß Art. 33 V des  
Bonner GG, Diss. Würzburg 1960
- Bühling, Reinhard      Stellungnahme zum Beitrag Forsthoff,  
in: DÖV 1966, S. 87
- Canaris, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im  
Gesetz,  
Berlin 1964
- Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit  
bei Haftung aus "culpa in contrahen-  
do", Gefährdung und Aufopferung,  
in: NJW 1964, S. 1987

- |                                                                           |                                                                                                                                                                                            |
|---------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Canaris,<br>Claus-Wilhelm                                                 | Notstand und "Selbstaufopferung"<br>im Straßenverkehr,<br>in JZ 1963, S.655 f.                                                                                                             |
| Cornelius, Joachim                                                        | Richterliche Lückenausfüllung bei<br>Verfassungswidrigkeit von Normen,<br>in DVBl.1966, S.130 ff.                                                                                          |
| Dagtoglou,<br>Prodromos                                                   | Der Private in der Verwaltung als<br>Fachmann und Interessenvertreter,<br>Heidelberg 1964                                                                                                  |
| v.Doemmig, Klaus-<br>Berto,<br>Füsslein, Rudolf<br>Werner<br>Matz, Werner | Jahrbuch des öffentlichen Rechts -<br>Entstehungsgeschichte der Artikel<br>des GG.<br>Bd 1 NF (1951) Tübingen                                                                              |
| Dreier, Ralf                                                              | Zum Begriff der "Natur der Sache",<br>Berlin 1965                                                                                                                                          |
| Dürig, Günter                                                             | Grundgesetz, Kommentar,<br>s.bei Maunz                                                                                                                                                     |
| -----                                                                     | Der Grundrechtssatz von der<br>Menschenwürde,<br>in AÖR 81 (1956), S.117 ff.                                                                                                               |
| -----                                                                     | Grundrechtsverwirklichung auf<br>Kosten von Grundrechten, in summum<br>ius, summa iniuria,<br>Ringvorlesung, gehalten von Mitglie-<br>dern der Tübinger Juristenfakultät,<br>Tübingen 1963 |
| Ehmke, Horst                                                              | Prinzipien der Verfassungsinter-<br>pretation,<br>in VVDStRL 20 (1963), S.53 ff.                                                                                                           |
| -----                                                                     | Wirtschaft und Verfassung,<br>Karlsruhe 1961                                                                                                                                               |
| Enneccerus, Ludwig-<br>Nipperdey, Hans Carl                               | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen<br>Rechts, 1.Halbbd, 15.Aufl.<br>Tübingen 1959                                                                                                           |
| Ermacora, Felix                                                           | Die Organisationsgewalt,<br>in VVDStRL 16 (1959), S.191 ff.                                                                                                                                |
| -----                                                                     | Verfassungsrecht durch Richterspruch,<br>Karlsruhe 1960                                                                                                                                    |
| Dame, Rolf                                                                | Das Verhältnis der Grundrechte zu<br>den besonderen Gewaltverhältnissen<br>nach dem deutschen und französischen<br>Staats- und Verwaltungsrecht,<br>Diss. Köln 1965                        |

- Esser, Josef                    Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956
- Eyermann, Erich  
Fröhler, Ludwig                GewO, Neubearbeitung des Kommentars von Landmann-Rohmer, 12.Aufl. München, Berlin 1963 ff.
- Fechner, Erich                Die soziologische Grenze der Grundrechte, Tübingen 1954
- Feyock, Georg                Die Stellung des Notars im Rechtsleben, in Juristen-Jahrbuch 1960, S.159 ff.
- Fischbach, Oscar  
Georg                        Bundesbeamtengesetz, Kommentar, 1.Halbbd, 3.Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 1964; 2.Halbbd, 3.Aufl. 1965
- Forsthoff, Ernst              Neue Aspekte der Pressefreiheit, in Der Staat 5 (1966), S.1 ff.
- Erwiderung: Bühling, in DÖV 1966, S.88
- Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, Tübingen 1931
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, 8.Aufl. München, Berlin 1961
- Zur Problematik der Verfassungsauslegung, Stuttgart 1961
- Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959
- Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung, in Der Staat 2 (1963), S.385 ff.
- Strukturwandlungen der modernen Demokratie, Berlin 1964
- Die Umbildung des Verfassungsgesetzes in Festschrift für Carl Schmitt, S.35 ff., Berlin 1959
- Moderne Wertverwirklichung, in DÖV 1965, S.619

- Friedländer, Adolf und Max      Kommentar zur RAO, 2.Aufl.  
München, Berlin, Leipzig 1920
- Fuhr, Eberhard      Kommentar zur GewO,  
Hermann Luchterhand Verlag, 1960 ff.
- Geiger, Willi      Die Wandlung der Grundrechte,  
in Gedanke und Gestalt des demokratischen  
Rechtsstaates,  
hrsg.v. Max Imboden,  
Wien 1965
- Wort "Berufsfreiheit und Berufs-  
regelung"  
in Staatslexikon, hrsg.von der  
Görres Gesellschaft, Bd 1, S.1112,  
6.Aufl. Freiburg 1957
- Giese, Friedrich      Die Verfassung des Deutschen Reiches,  
Kommentar, 8.Aufl.,  
Berlin 1931
- Gönnner, Nicolaus Thaddäus      Teutsches Staatsrecht,  
Landshut 1804
- Groß, Rolf      Organisationsgewalt und Organisations-  
verordnungen,  
in DÖV 1963, S.51 f.
- Häberle, Peter      Buchbesprechung: Dagtoglou,  
Der Private in der Verwaltung als  
Fachmann und Interessenvertreter,  
in AÖR 90 (1965), S.381 ff.
- Die Wesensgehaltsgarantie des  
Art.19 II GG,  
Freiburg 1962
- Hagemann      Zum Begriff des Amtes im Beamten-  
recht,  
in ZBR 1960, S.137 ff.
- Hamann, Andreas      Das Bonner Grundgesetz, Kommentar,  
2.Aufl., Neuwied, Berlin 1960
- Deutsches Wirtschaftsverfassungs-  
recht,  
Neuwied, Berlin, Darmstadt 1958
- Die Freiheit der Berufswahl  
in NJW 1958, S.1801 ff.
- Die Bindung der staatlichen Organi-  
sationsgewalt an die Gesetzgebung,  
in NJW 1956, S.1 ff.

- Hamel, Walter                    Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1957
- von der Heide, Wolf            Das Recht der freien Berufswahl, nach Art.12, in BB 1950, S.486 ff.
- Herrnritt, Rudolf Hermann      Grundlehren des Verwaltungsrechts, Tübingen 1921
- Hesse, Konrad                   Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, Göttingen 1956
- Herzog, Roman                   Artikel "Berufsfreiheit", in Evangelisches Staatslexikon, hrsg. von Hermann Kunst und Siegfried Grundmann, in Verbindung mit Wilhelm Schneemelcher und Roman Herzog, Stuttgart-Berlin 1966
- Hoffmann, Heinrich            Gesetz über das Apothekenwesen, Kommentar, München, Berlin 1961
- Die Verstaatlichung von Berufen, in DVBl.1964, S.457 ff.
- Hohenester, Herrmann           Die Regelung des Verkehrs an Straßenstellen durch die Bauunternehmen, in DAR 1959, S.174 ff.
- Hollerbach, Alexander           Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung? in AöR 85 (1960), S.241 ff.
- Holstein, Günther              Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft, in VVDStRL NF 11 (1927), S.1 ff.
- Huber, Ernst Rudolf            Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2.Aufl. Tübingen 1953
- Beliehene Verbände, in DVBl.1952, S.456 f.
- Ipsen, Hans Peter               Gleichheit, in Die Grundrechte, hrsg.v. Neumann-Nipperdey-Scheuner II.Bd, S.111 ff., Berlin 1954

- Ipsen, Hans Peter      Gesetzliche Indienstnahme Privater  
für Verwaltungsaufgaben,  
in Festschrift für Ernst Kaufmann,  
S.141 ff.,  
Stuttgart, Köln 1950
- Jellinek, Georg      Gesetz und Verordnung,  
Freiburg 1887
- Allgemeine Staatslehre,  
3.Aufl. 1921  
6.Neudruck, Darmstadt 1959
- System der subjektiven öffentlichen  
Rechte,  
2.unveränderter Nachdruck 1963  
der 2.Aufl., Tübingen 1905
- Jellinek, Walter      Buchbesprechung: Über, Freiheit  
des Berufs,  
in DÖV 1952, S.383
- Die Rechtsformen des Staatsdienstes,-  
Begriff und rechtliche Natur des Be-  
amtenverhältnisses, in Handbuch des  
Deutschen Staatsrechts, Bd 2, S.20ff.  
hrsg.v. Gerhard Anschütz und Richard  
Thoma, Tübingen 1932
- Verwaltungsrecht,  
2.Aufl., Berlin 1929
- Jesch, Dietrich      Gesetz und Verwaltung,  
Tübingen 1961
- Jonas      Die Reichsnotarordnung,  
in DNotZ 1937, S.175
- Kämmerer, Ludwig      Die Rechtsnatur der Bundespost,  
in DVBl.1966, S.357 ff.
- Kaufmann, Arthur      Zur Rechtsmittelbeschränkung im  
Jugendverfahren,  
in JZ 1958, S.91 f.
- Kaufmann, Erich      Stichwort "Verwaltung, Verwaltungs-  
recht", in Wörterbuch des Deutschen  
Staats- und Verwaltungsrechts, Bd 3,  
S.688 ff.,  
hrsg.v. Max Fleischmann,  
Tübingen 1914
- Keller, Adolf      Die Kritik, Korrektur und Interpre-  
tation des Gesetzeswortlauts,  
Winterthur 1960

- Kimminich, Otto      Zur Theorie der immanenten Schranken des Asylrechts,  
in JZ 1965, S.739 ff.
- Klein, Hans H.      Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe,  
in DÖV 1965, S.755 ff.
- Klug, Ulrich      Juristische Logik, 2.Aufl.  
Göttingen, Heidelberg 1958
- Koellreutter, Otto      Deutsches Staatsrecht,  
Stuttgart, Köln 1953
- Köttgen, Arnold      Das anvertraute öffentliche Amt,  
in Festgabe für Rudolf Smend zum  
80.Geburtstag, S.119 ff.  
Tübingen 1962
- Die Organisationsgewalt,  
in VVDStRL 16 (1958), S.154 ff.
- Kraemer, Hans-Joachim      Die präjudizierende Bedeutung des  
Apothekenurteils,  
in DVBL.1958, S.850 ff.
- Krüger, Herbert      Die Einschränkung von Grundrechten  
nach dem Grundgesetz,  
in DVBL.1950, S.625 ff.
- Allgemeine Staatslehre,  
Stuttgart 1964
- Kruse, Volker      Die Rechtsstellung und Beaufsichtigung der  
Notare auf Grund der  
RNotO und der BNotO, Diss.  
Münster 1962
- Larenz, Karl      Methodenlehre der Rechtswissenschaft,  
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960
- Leibholz, G. -      Grundgesetz für die Bundesrepublik  
Rinck, HJ.      Deutschland, Kommentar an Hand der  
Rechtsprechung des BVerfG,  
Köln 1966
- Leisner, Walter      Die verfassungsrechtliche Berufsfreiheit,  
in JUS 1962, S.463 ff.
- Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung,  
in JZ 1964, S.201 ff.
- Die schutzwürdigen Rechte im Besonderen  
Gewaltverhältnis,  
in DVBL.1960, S.617 ff.

- Leisner, Walter      Von der Verfassungsmäßigkeit der  
Gesetze zur Gesetzsmäßigkeit der  
Verfassung,  
Tübingen 1964
- Lerche, Peter      Stil, Methode, Ansicht,  
in DVBl. 1961, S. 690 ff.
- Übermaß und Verfassungsrecht,  
Köln, Berlin, Bonn, München 1961
- Malz, Heinrich      Das Beamtenverhältnis als Besonde-  
res Gewaltverhältnis,  
in ZBR 1964, S. 97
- v. Mangoldt, Hermann-      Das Bonner Grundgesetz, Kommentar,  
Klein, Friedrich      Bd 1, 2. Aufl. 1957 Berlin, Frankfurt  
Bd 2, 2. Aufl. 1964
- Mattern, G.      Steuerberatungsgesetz und Verfassungs-  
recht,  
in BB 1965, S. 735 f.
- Maunz, Theodor -      Grundgesetz, Kommentar,  
Dürig, Günter      2. Aufl., 8. Ergänzungslieferung 1966  
München, Berlin
- Maunz, Theodor      Deutsches Staatsrecht,  
13. Aufl.  
München, Berlin 1964
- Mayer, Franz      Neuzeitliche Entwicklung der öffent-  
lichen Verwaltung,  
in Die Verwaltung. Eine einführende  
Darstellung, hrsg. v. Fritz Morstein  
Marx, S. 2 ff.,  
Berlin 1965
- Mayer, Otto      Deutsches Verwaltungsrecht,  
2. Bd, 3. Aufl.,  
München, Leipzig 1924
- Menger, Christian-      Höchststrichterliche Rechtsprechung  
Friedrich      zum Verwaltungsrecht,  
in VerwArch 55 (1964), S. 73 f.
- ebenso,  
in VerwArch 56 (1965), S. 81 ff.
- ebenso, in VerwArch 57 (1966), S. 175 ff.
- Merk, Wilhelm      Deutsches Verwaltungsrecht,  
Berlin 1962

- Meyer, Georg -  
Anschütz, Gerhard      Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts,  
7.Aufl.,  
München, Leipzig 1919
- Moelle, Erich-Siegert  
Albrecht-Musielak,  
Hans-Joachim      Das Recht des Schornsteinfeger-  
handwerks, 6.Aufl.  
Darmstadt 1965
- Nawiasky, Hans      Allgemeine Rechtslehre als System  
der rechtlichen Grundbegriffe,  
2.Aufl.,  
Einsiedeln, Zürich, Köln 1948
- Nipperdey, Hans Carl      Freie Entfaltung der Persönlichkeit,  
in Die Grundrechte,  
hrsg.v. Bettermann-Nipperdey,  
Bd IV, 2.Halbbd, S.741 ff.  
Berlin 1962
- Grenzen des Arbeitsvermittlungs-  
monopols,  
in Festschrift zum 150-jährigen  
Bestehen des Carl Heymanns Verlag  
S.241 ff.  
Köln, Berlin, Bonn, München 1965
- Kontrahierungszwang und diktierter  
Vertrag,  
Jena 1920
- Obermayer, Klaus      Verwaltungsakt und innerdienst-  
licher Rechtsakt,  
Stuttgart, München, Hannover 1956
- Ossenbühl, Fritz      Probleme und Wege der Verfassungs-  
auslegung,  
in DGV 1965, S.649 ff.
- Pestalozza,  
Christian  
Graf von      Kritische Bemerkungen zu Methoden  
und Prinzipien der Grundrechtsaus-  
legung in der Bundesrepublik Deutsch-  
land,  
in Der Staat 2 (1963), S.424 ff.
- Peters, Hans      Öffentliche und staatliche Aufgaben,  
in Festschrift für H.C.Nipperdey,  
Bd 2, S.877 ff.  
München, Berlin 1965
- Lehrbuch der Verwaltung,  
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949

- Pfennig, Gerhard      Der Begriff des öffentlichen  
Dienstes und seiner Angehörigen,  
Berlin 1960
- Pieck, Johannes      Beamtenähnliche öffentlich-recht-  
liche Dienstverhältnisse,  
in DÖV 1966, S.217 f.
- Plog, Ernst -  
Wiedow, Alexander      Kommentar zum Bundesbeamtengesetz,  
2.Aufl. 1965
- Poetzsch-Heffter,  
Fritz      Handkommentar der Reichsverfassung,  
3.Aufl., Berlin 1928
- Rasch, E.      Die Behörde,  
in VerwArch 50 (1959), S.1 ff.
- /Patzig, W.      Verwaltungsorganisation und  
Verwaltungsverfahren: M.v.Brauchitsch  
Verwaltungsgesetze des Bundes und der  
Länder,  
neu hrsg.v. C.H.Ule, Bd 1, 1.Halbbd,  
S.1 ff.  
Köln, Berlin, Bonn, München 1962
- Reinicke, G.und D.      Die Ausfüllung primärer und sekun-  
därer Gesetzeslücken nach der Recht-  
sprechung des BGH,  
in NJW 1952, S.1153 f.
- Reuß, Wilhelm      Verfassungsrechtliche Grundsätze  
zum Organisationsrecht der Wirtschaft  
in DVBl.1953, S.684 f.
- -----      Die Organisation der Wirtschaft,  
in Die Grundrechte, hrsg.v.  
Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Bd 3,  
1.Halbbd, S.91 ff.  
Berlin 1958
- -----      Urteilsanmerkung,  
in NJW 1955, S.1532
- v.Rheinbaben, Paul      Die preußischen Disziplinargesetze,  
Berlin 1904
- Rinck, Gerd      Wirtschaftsrecht,  
Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- Rings, W.      Verwaltungsmonopole und Art.12 I GG,  
in NJW 1957, S.657 ff.
- Rittner, Fritz      Unternehmen und freier Beruf als  
Rechtsbegriffe,  
Tübingen 1962

- Römer, Gustav      Notariatsverfassung und Grundgesetz,  
München, Berlin 1963
- Rohmer, Gustav      Freizügigkeit.  
In: Die Grundrechte und Grundpflichten  
in der Reichsverfassung,  
hrsg.v. Hans Carl Nipperdey, Bd 1,  
S.232 ff.  
Berlin 1929
- Rupp, Hans Heinrich      Beweisverbote im Strafprozeß in  
verfassungsrechtlicher Hinsicht.  
Gutachten für den 46.Deutschen  
Juristentag, Bd I, Teil 3a, S.165ff.  
München-Berlin 1966
- Berufsregelung durch gesetzesändernde  
Verwaltungsverordnungen?  
in DÖV 1963, S.678 ff.
- Grundfragen der heutigen  
Verwaltungsrechtslehre,  
Tübingen 1965
- Das Grundrecht der Berufsfreiheit,  
in NJW 1965, S.993 ff.
- Privateigentum an Staatsfunktionen,  
in Recht und Staat, Heft 278,  
Tübingen 1963
- Salzwedel, Jürgen      Bericht über die Staatsrechts-  
lehrertagung 1961  
in AÖR 87 (1962), S.82 f.
- Die Grenzen der Zulässigkeit des  
öffentlich-rechtlichen Vertrages,  
Berlin 1958
- Sasse, Christoph      Die verfassungsrechtliche Problematik  
von Steuerreformen,  
in AÖR 85 (1960), S.423 ff.
- v.Savigny,  
Friedrich Carl      System des heutigen Römischen Rechts,  
Berlin 1840
- Scheuer, Hans      Berufsfreiheit und Grundgesetz,  
Saarbrücken 1961
- Scheuner, Ullrich      Das Grundrecht der Berufsfreiheit,  
in DVBl.1958, S.845 ff.
- Pressefreiheit,  
in VVDStRL 22 (1965), S.1 ff.

- Schick, Walter            Der Beamte als Grundrechtsträger,  
in ZBR 1963, S.67 ff.
- Gemeindemonopole und Grundgesetz,  
in DÖV 1962, S.931 ff.
- Schmitt, Carl            Verfassungslehre, 3.Aufl. 1928,  
unveränderter Neudruck  
Berlin 1957
- Schneider, Egon        Die Methode der Rechtsfindung (IV),  
in MDR 1963, S.368 ff.
- Ebenso,  
in MDR 1963, S.461 ff.
- Topik und Jurisprudenz. Besprechung  
der gleichlautenden Schrift von  
Th.Viehweg,  
in MDR 1963, S.653
- Schneider, Peter        Prinzipien der Verfassungsinter-  
pretation,  
in VVDStRL 20 (1963), S.1 f.
- In dubio pro libertate,  
in "Hundert Jahre Deutsches Rechts-  
leben", Festschrift zum Hundert-  
jährigen Bestehen des Deutschen  
Juristentages, Bd 2, S.263 ff.,  
Karlsruhe 1960
- Schneider, Rudolf      Richterliche Lückenausfüllung bei  
Verfassungswidrigkeit von Normen,  
in DVBl. 1966, S.133 f.
- Seybold-Hornig        BNotO, Kommentar,  
4.Aufl., Berlin, Frankfurt 1962
- Smend, Rudolf        Verfassung und Verfassungsrecht,  
München, Leipzig 1928
- Spanner, Hans        Buchbesprechung: E.W.Böckenförde,  
Die Organisationsgewalt im Bereich  
der Regierung,  
in VerwArch 56 (1965), S.393 f.
- Organisationsgewalt und Organisations-  
recht,  
in DÖV 1957, S.640 f.
- Stern, Klaus        Interpretation- eine existentielle  
Aufgabe der Jurisprudenz,  
in NJW 1958, S.695 ff.

- Stier-Somlo, Fritz Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919, ein systematischer Überblick, 3.Aufl. Bonn 1925
- Terrahe, Jürgen Die Beleihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation, Diss. Münster 1961
- Thiele, Willi Widerspricht das besondere Gewaltverhältnis dem demokratischen Rechtsstaat? in DÖV 1963, S.101 f.
- Thieme, Werner Berufsfreiheit und Verwaltungsmonopole, in JZ 1961, S.280 ff.
- Buchbesprechung: Badura, Peter, Das Verwaltungsmonopol, in AöR 90 (1965), S.388 f.
- Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Göttingen 1961
- Urteilsanmerkung, in JZ 1960, S.365
- Thoma, Richard Das System der subjektiv-öffentlichen Rechte und Pflichten, in Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg.v. G.Anschütz und R.Thoma, Bd 2, S.607 ff., Tübingen 1932
- Tietgen, Walter Der Zugang zu den Ämtern des öffentlichen Dienstes, in "Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben", Festschrift zum Hundertjährtages Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd 2, S.325 ff., Karlsruhe 1960
- Triepel, Heinrich Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, in Festschrift für Karl Binding, Bd 2, S.1 ff., Leipzig 1911
- v.Turegg, Kurt-Egon Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Kraus, Erwin 4.Aufl., Berlin 1962

- Uber, Giesbert      Freiheit des Berufs. Art.12 des  
Grundgesetzes.  
Hamburg 1952
- Ule, Carl Hermann      Urteilsanmerkung,  
in DVBl.1965, S.325
- Öffentlicher Dienst,  
in Die Grundrechte,  
hrsg.v. Bettermann-Nipperdey, Bd 4,  
4.Halbbd, S.539 ff.,  
Berlin 1962
- Viehweg, Theodor      Topik und Jurisprudenz,  
München 1953
- Vogel, Klaus      Öffentliche Wirtschaftseinheiten  
in privater Hand,  
Hamburg 1959
- Vollmer, Günther      Reichsnotarordnung, Kommentar  
Schwarz, Hans-Ullrich      Berlin 1937
- Wacke, Gerhard      Grundlagen des öffentlichen  
Dienstrechts,  
Tübingen 1957
- Warncke, Theodor      Die jüngste Rechtsprechung des  
BVerwG zur Bedürfnisprüfung bzw.  
numerus clausus,  
in NJW 1956, S.1587
- Welsch, Armin      Die subjektiven und objektiven  
Zulassungsvoraussetzungen im  
Rahmen des Art.12 I GG,  
Diss. Mainz 1962
- Werner, Fritz      Urteilsanmerkung,  
in DVBl.1955, S.563
- Urteilsanmerkung,  
in DVBl.1956, S.618
- Urteilsanmerkung,  
in DVBl.1957, S.350
- Westerburg, Werner      Die Polizeigewalt des Luftfahr-  
zeugkommandanten,  
Bonn 1961
- Wilhelm, Bernhard      Die Beschränkbarkeit der Grundrechte  
im Beamtenrecht,  
in BayVBl.1963, S.365 ff.
- Erwiderung: Beamtenähnliche öffent-  
lich-rechtliche Dienstverhältnisse,  
in DÖV 1966, S.221

- Wintrich, Josef      Zur Auslegung und Anwendung des  
Art.2 I GG,  
in Festschrift für W.Apelt, S.1 ff.,  
München, Berlin 1958
- Über Eigenart und Methode verfassungs-  
rechtlicher Rechtsprechung,  
in Festschrift für W.Laforet,  
S.227 ff., München 1952
- Wolff, Hans J.      Der Unterschied zwischen privatem  
und öffentlichem Recht,  
in AÖR 76 (1950), S.205 ff.
- Verwaltungsrecht, Lehrbuch,  
Bd 1, 6.Aufl.  
München, Berlin 1965
- Verwaltungsrecht, Lehrbuch,  
Bd 2,  
München, Berlin 1962
- Zeidler, Karl      Gedanken zum Fernsehurteil des  
BVerfG,  
in AÖR 86 (1961), S.361 ff.
- Schranken nichthoheitlicher Verwaltung,  
in VVDStRL 19 (1961), S.208 ff.
- Zippelius, Reinhold      Wertungsprobleme im System der  
Grundrechte,  
München 1962
- Zorn, Philipp      Das Staatsrecht des Deutschen Volkes,  
Bd 1, 2.Aufl.,  
Berlin 1895

Hinweis zur Zitierweise:

Die benutzten Bücher und Aufsätze sind in der Regel nur mit dem Namen des Autors angegeben. Bei mehreren benutzten Arbeiten desselben Autors ist dem Namen zur Unterscheidung das erste Substantiv des Titels hinzugefügt.

# ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

|            |                                                                      |
|------------|----------------------------------------------------------------------|
| A.A.       | Anderer Ansicht                                                      |
| a.a.O.     | am angegebenen Ort                                                   |
| Abg.       | Abgeordneter                                                         |
| Abs.       | Absatz                                                               |
| ALR        | Allgemeines Landrecht für die<br>Preußischen Staaten von 1794        |
| AnwBl.     | Anwaltsblatt                                                         |
| AÖR        | Archiv des öffentlichen Rechts                                       |
| Art.       | Artikel                                                              |
| AS         | Ämtliche Sammlung                                                    |
| Bad.Württ. | Baden-württembergisch                                                |
| BayVBl.    | Bayerische Verwaltungsblätter                                        |
| BayVerfGH  | Bayerischer Verfassungsgerichtshof                                   |
| BB         | Betriebsberater                                                      |
| BBG        | Bundesbeamtengesetz                                                  |
| BGBL.      | Bundesgesetzblatt                                                    |
| BK         | Bonner Kommentar                                                     |
| BGH        | Bundesgerichtshof                                                    |
| BNotO      | Bundesnotarordnung                                                   |
| BSG        | Bundessozialgericht                                                  |
| BSHG       | Bundessozialhilfegesetz                                              |
| BT         | Bundestag                                                            |
| BVerfG     | Bundesverfassungsgericht                                             |
| BVerfGG    | Bundesverfassungsgerichtsgesetz                                      |
| BVerwG     | Bundesverwaltungsgericht                                             |
| ders.      | derselbe                                                             |
| Diss.      | Dissertation                                                         |
| DÖD        | Der öffentliche Dienst                                               |
| DÖV        | Die öffentliche Verwaltung                                           |
| Drucks.    | Drucksache                                                           |
| DVBl.      | Deutsches Verwaltungsblatt                                           |
| DVO        | Durchführungsverordnung                                              |
| E          | Ämtliche Sammlung der Entscheidungen<br>des davor genannten Gerichts |
| ESTG       | Einkommensteuergesetz                                                |

|           |                                                                                   |
|-----------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| FN        | Fußnote                                                                           |
| G         | Gesetz                                                                            |
| GBL.      | Gesetzblatt                                                                       |
| GewO      | Gewerbeordnung                                                                    |
| GG        | Grundgesetz                                                                       |
| GMBL.     | Gemeinsames Ministerialblatt                                                      |
| GVBl.     | Gesetz- und Verordnungsblatt                                                      |
| HdbDStR   | Handbuch des Deutschen Staatsrechts,<br>hrsg.v. Anschütz-Thoma, 2 Bde, 1930, 1932 |
| He        | Hessisch                                                                          |
| I.d.F.    | In der Fassung                                                                    |
| i.S.      | im Sinne                                                                          |
| JÖR       | Jahrbuch des öffentlichen Rechts                                                  |
| JUS       | Juristische Schulung                                                              |
| JZ        | Juristenzeitung                                                                   |
| MDR       | Monatsschrift für Deutsches Recht                                                 |
| m.w.N.    | mit weiteren Nachweisen                                                           |
| NF        | Neue Folge                                                                        |
| NJW       | Neue Juristische Wochenschrift                                                    |
| OLG       | Oberlandesgericht                                                                 |
| OVG       | Oberverwaltungsgericht                                                            |
| Pr        | Preußisch                                                                         |
| RG        | Reichsgericht                                                                     |
| RGBL.     | Reichsgesetzblatt                                                                 |
| Rspr.     | Rechtsprechung                                                                    |
| S.        | Seite                                                                             |
| sog.      | sogenannt                                                                         |
| StGH      | Staatsgerichtshof                                                                 |
| VerwArch  | Verwaltungsarchiv                                                                 |
| VerwRspr. | Verwaltungsrechtsprechung                                                         |
| VGH       | Verwaltungsgerichtshof                                                            |
| Vgl.      | Vergleiche                                                                        |
| VVDStRL   | Veröffentlichungen der Vereinigung<br>der Deutschen Staatsrechtslehrer            |
| ZBR       | Zeitschrift für Beamtenrecht                                                      |
| ZPO       | Zivilprozeßordnung                                                                |



## **EINLEITUNG: Problemstellung**

Gesetzgeber und Verwaltung greifen heute vielfach in den Lebensbereich des einzelnen ein.

Die Ausdehnung des öffentlichen Aufgabenkreises,<sup>1)</sup> und damit die Erweiterung der staatlichen Machtsphäre, sowie der legitime Anspruch des Staates auf Ordnung und Bewahrung des Gemeinwesens rechtfertigen eine Gestaltung des öffentlichen und privaten Lebens.<sup>2)</sup>

Dabei sind Verwaltungstätigkeit und staatlicher Reglementierung jedoch Grenzen gesetzt: Es gibt einen durch Grundrechte geschützten Selbstbestimmungsbereich des einzelnen.

In diesem Bereich bewegt sich der Gesetzgeber, wenn er mit Zulassungsbeschränkungen,<sup>3)</sup> Bedürfnisprüfungen<sup>4)</sup> und Altersbegrenzungen<sup>5)</sup> empfindliche Eingriffe in die berufliche Tätigkeit seiner Staatsbürger vornimmt. Denn Art. 12 I GG gewährt allen Deutschen das Recht der freien Berufswahl.

Hier treten der Freiheitsanspruch des einzelnen und der Anspruch des Staates auf Ordnung und Gestaltung in ein Spannungsverhältnis.<sup>6)</sup>

Diese Spannungssituation wird vollends deutlich, erinnert man sich der Auslegung, die Art. 12 in Rechtsprechung und Schrifttum gefunden hat.

Nach den Worten des Bundesverfassungsgerichts<sup>7)</sup> liegt Art. 12 "eine klare materielle Wertentscheidung des Grundgesetzes" zugrunde.

---

1) Vgl. Forsthoff, Rechtsfragen, S.22f., 31

2) Franz Mayer, S.16 spricht von der Verwaltung als einem Band, das den Staat zusammenhält.

3) § 157 III ZPO

4) § 4 II BNotO

5) § 1 II G zur Ordnung des Schornsteinfegerwesens v.22.1.1952, BGBl I, S.75

6) Vgl. Dame, Diss., S.1

7) E 7, 377 (404)

Die Bedeutung des Art. 12 beschränkt sich also nicht auf eine bloße Grundrechtsverbürgung,<sup>8)</sup> sondern geht weit darüber hinaus. Als einer Grundsatz- und Fundamentalnorm des Staates,<sup>9)</sup> die insoweit eine Schranke und Absage an einen reglementierenden totalen Staat enthält, liegen Art. 12 GG "objektive Ordnungsvorstellungen"<sup>10)</sup> zugrunde. So gesehen stellt sich Art. 12 als "Garantie einer freiheitlichen Berufsordnung" dar.<sup>11)</sup>

Angesichts solcher Verbürgungen im Grundgesetz sollte eigentlich die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>12)</sup> überraschen, die eine "Heranführung an den öffentlichen Dienst" (Art.33) genügen läßt, die Wirkung des Grundrechts aus Art.12 für eine Vielzahl von staatlich gebundenen Berufen "tatsächlich" zurückzudrängen,<sup>13)</sup> und, anders ausgedrückt, zu einem Leerlaufen der grundrechtlichen Berufsfreiheit führt.<sup>14)</sup> Begründet wird diese "Inhaltsentleerung"<sup>15)</sup> des Art.12 mit der "Natur der Sache" und der "Organisationsgewalt".

Dieser Rechtsprechung haben ausdrücklich nur Bachof<sup>16)</sup> und Rupp<sup>17)</sup> widersprochen.

Die vorliegende Darstellung will die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts überprüfen.

Dabei soll die Auseinandersetzung unter besonderer Betonung des die Problematik der sog. staatlich gebundenen Berufe kennzeichnenden Gegensatzes Grundrechtsfreiheit - Staatshoheitsgewalt geführt werden.

---

8) So auch Bachof, Freiheit, S.163

9) V.Mangoldt-Klein, GG, Vorb. A VI 4, S.87; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S.666

10) Scheuner DÖV 1956, S.66

11) So Bachof, Freiheit, S.165

12) Vgl. E 7, 377(397f.); 16, 6(21/22); 17, 371(379/80)

13) E 7, 377(398)

14) So ausdrücklich Rupp in NJW 65, S.993(995)

15) Rupp, a.a.O., S.995

16) Freiheit, S.186

17) Privateigentum, S.16 FN 27; ders. DÖV 1963, S.679 FN 8a; ders. NJW 1965, S.995

Das setzt eine grundsätzliche, begriffliche Klärung und Systematisierung der staatlich gebundenen Berufe voraus. Dabei soll versucht werden, an Stelle des wenig deutlichen und bisher nur deskriptiv faßbaren Begriffs durch Verbindung mit von der Verwaltungswissenschaft erarbeiteten Konstruktionen zu einer klaren juristischen Begriffsbildung der gebundenen Berufe zu gelangen (1. Teil).

Zu erörtern ist schließlich die mit den staatlich gebundenen Berufen zusammenhängende, verfassungsrechtliche Problematik. Die Untersuchung hat hier einen weiteren Schwerpunkt (2. Teil). Dabei wird besonderes Gewicht auf die Methode der Verfassungsverinterpretation gelegt.

In diesem Rahmen sind sodann die Zusammenhänge von Art. 12 I und Art. 33 GG darzustellen.

1. TEIL: Begriff und Bedeutung der  
staatlich gebundenen Berufe

I. Historischer Abriss

Staatlich gebundene Berufe sind nicht erst das Ergebnis moderner, reglementierender Gesetzgebung. Daß es Berufe gibt, die auf Grund ihrer näheren Ausgestaltung und Beaufsichtigung durch den Staat dem Beamtentum angenähert sind, ohne daß ihre Träger Staatsdiener im technischen Sinne sein müßten, hatte schon der Gesetzgeber des "Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten" erkannt.

Im II. Teil, Titel 20, § 508 spricht er, neben den in § 505 genannten Ärzten, Wundärzten und Hebammen, von allen übrigen, "welche, ob sie gleich nicht in unmittelbaren Diensten des Staates stehen, dennoch demselben, vermöge ihres Standes, besonders verpflichtet sind"<sup>18)</sup>.

Die Unterscheidung hatte jedoch einzig strafrechtliche Bedeutung.<sup>19)</sup> Weitere Rechtsfolgen, etwa in staats- oder verwaltungsrechtlicher Hinsicht, wurden nicht daran geknüpft.

Erst um die Jahrhundertwende bemächtigten sich Literatur und im zunehmenden Maße auch die Rechtsprechung unseres Themas. Zu dieser Diskussion nötigten praktische Rechtsfragen, wie Probleme des Steuer-<sup>20)</sup>, Titel-<sup>21)</sup>,

---

18) Die so Bezeichneten gingen als Halboffizianten in die Literatur ein; vgl. Triepel, S. 19 FN 1

19) So auch Badura, Verwaltungsmonopol, S. 254

20) RGZ 39, 134(137); 55, 167(169);  
ProVG in Staatssteuersachen E 10, 1(5)

21) RGSt 34, 271(272)

Gewerbe<sup>22)</sup>, Straf<sup>23)</sup> und (Beamten)Haftungsrechts<sup>24)25)</sup>.

Traf Zorn<sup>26)</sup> noch die Unterscheidung nach Beamten und "Privatbeamten"<sup>27)</sup> lediglich zur Abgrenzung des Beamten im staatsrechtlichen Sinne, so anerkennt<sup>V</sup>Rheinbaben<sup>28)</sup> bereits Personen, die ohne Beamten zu sein und ein Amt zu führen, dennoch eine "beamtenähnliche Stellung vermöge der mehr oder minder öffentlich-rechtlichen Natur ihrer Berufstätigkeit" haben. Darunter zählt er Rechtsanwälte, Ärzte und Privatdozenten.

Ähnlich, aber noch akzentuierter, trennt G.Jellinek<sup>29)</sup> die Staatsdiener als Inhaber eines Staatsamtes von "abgegrenzter staatlicher Kompetenz"<sup>30)</sup> von Privaten, die staatliche Hoheitsrechte ausüben<sup>31)</sup>.

Eine umfassende Darstellung jener "nicht-amtlichen, aber staatlich gebundenen Berufe" gibt Triepel<sup>32)</sup>. Am Beispiel des Rechtsanwaltes<sup>33)</sup>, des Patentanwaltes<sup>34)</sup>, des Privatdozenten<sup>35)</sup>, des Arztes<sup>36)</sup> und der öffentlich angestellten Gewerbetreibenden gemäß § 36 GewO<sup>37)</sup> sucht er den Begriff der staatlich gebundenen Berufe zu entwickeln und ihr Wesen zu erschließen.

Triepel nannte die Träger solcher Berufe "Halbbeamte"<sup>38)</sup> und definierte sie als "Personen, die ohne Beamte zu sein und ohne ein Amt zu haben, kraft eines besonderen Rechtsverhältnisses des öffentlichen Rechts dem Staate oder einem Selbstverwaltungskörper für die Ausübung ihres Berufes verantwortlich sind".<sup>39)</sup> Ihr ei-

22) RGZ 66, 143(148); RGZ 39, 134(137);

vgl. auch PrOVG 31, 270(274ff.)

23) RGST 17, 291(292); 32, 359(360)

24) RGZ 14, 283(286)

25) Vgl. Triepel, S.18

26) S.299 (1895)

27) Unter Ablehnung dieses Terminus allerdings, a.a.O.

28) S.30 (1904)

FN 35

29) System, S.245 ff. (1905)

30) a.a.O., S.177

31) a.a.O., S.246

32) Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf (1911)

33) a.a.O., S.19 ff.

34) a.a.O., S.30 ff.

35) a.a.O., S.33 ff.

36) a.a.O., S.47 ff.

37) a.a.O., S.56 ff.

38) a.a.O., S.19

39) a.a.O., S.66

gentliches Wesen, womit er sie in einem begrifflichen Gegensatz zu sonstigen, im öffentlichen Interesse und "kraft öffentlichen Rechts übernommenen" Berufe stellte, wie Gastwirte, Bergführer, Heildiener und Droschenführer<sup>40)</sup>, die einem "bloßen Kontrahierungszwang kraft polizeilicher Anordnung" unterliegen, sah er, neben Standessitte, Standespflichten und Standesehre<sup>41)</sup>, ihrer durch das öffentliche Recht bestimmten Stellung<sup>42)</sup>, in der besonderen Verantwortlichkeit für ihren Beruf<sup>43)</sup>.

Der Halbbeamte haften für seine Berufserfüllung<sup>44)</sup>. Seine Verantwortlichkeit wird durch eine besondere Aufsichtsgewalt der Verwaltung, der Disziplinargewalt<sup>45)</sup>, überwacht. Das besondere persönliche Verhältnis zu seinem Beruf zwingt den Halbbeamten zu würdevollem Verhalten auch außerhalb der eigentlichen Berufstätigkeit<sup>46)</sup>. Für Triepel sind Berufe gebunden, weil der Staat den Träger "zur gewissenhaften Berufserfüllung anhält"<sup>47)</sup>.

Indem der Staat die Halbbeamten seinem Organismus ausgliedert habe und ihre individuellen Berufe durch rechtliche Bindungen nur reguliere, zwingt er den Träger zur Selbstverantwortung und Eigeninitiative<sup>48)</sup>. So zieht Triepel die Parallele zu den autonomen Körperschaften<sup>49)</sup>.

Verfassungsrechtliche Bedeutung hatten die Halbbeamten für Triepel und das von ihm in reichem Maße verar-

---

40) a.a.O., S.78

41) a.a.O., S.67

42) a.a.O., S.70

43) a.a.O., S.73

44) a.a.O., S.78

45) a.a.O., S.73

46) a.a.O., S.79

47) a.a.O., S.82

48) Dieser Gedanke klingt schon bei Jellinek, System, S.254, an.

49) a.a.O., S.83 ff.

Vgl. auch Jellinek, a.a.O., S.254

beitete Schrifttum nicht gehabt<sup>49a)</sup>.

In der sog. Weimarer Zeit verstummte die Auseinandersetzung. Die staatlich gebundenen Berufe werden kaum noch erwähnt. Soweit dies dennoch geschieht<sup>50)</sup>, wird in auffälliger Weise die Unterscheidung zum öffentlichen Dienst betont<sup>51)</sup>. Hierin sah man offensichtlich die Hauptbedeutung der gebundenen Berufe; das war jedoch seit über 100 Jahren unstreitig<sup>52)</sup>.

Das geltende Verfassungsrecht verlangte allerdings auch keine neuen Darstellungen. Zwar hatte nach Art. 111 S.2 WRV jeder das Recht, "jeden Nahrungszweig zu betreiben." Jedoch sah die herrschende Meinung in Art. 111 nicht die Freiheit der Berufswahl verbürgt<sup>53)</sup>, sondern nur ein reichsgesetzkräftiges Grundrecht, d.h., die Freiheit wird nur nach Maßgabe der Reichsgesetze gewährt<sup>54)</sup>.

Der kurze historische Rückblick hat ergeben, daß der Begriff des staatlich gebundenen Berufes bereits seit langem bekannt war. Das Bemühen der damaligen Lehre ging dahin, ihn begrifflich vom öffentlichen Dienst aus vorwiegend steuer-, disziplinar-, und strafrechtlichen Gründen abzugrenzen. Verfassungsrechtliche Untersuchungen sind mit Rücksicht auf das geltende (Verfassungs)Recht nicht erfolgt.

---

49a) Obwohl verschiedene Landesverfassungen vielleicht Anlaß zur Diskussion hätten bieten können:

Z.B. § 29 Verfassungsurkunde des Königreichs Württemberg v. 25.9.1819;

§ 11 Bremer Verfassung v. 17.11.1875.

Vgl. dazu auch Bachof, Freiheit, S.158 FN 11

50) Meyer-Anschütz, S.571 FN a3, mit der Verweisung auf Triepel

51) W.Jellinek, Lb., S.346; ders., Rechtsformen, S.25 und Otto Mayer, Lb. II, S.163

52) Vgl. II/20/508 ALR

53) So aber Anschütz, Kommentar, Art.11, Anm.1, S.539 Bachof, Freiheit, S.158, nennt seine Meinung euphemistisch

54) Giese, Kommentar, Art.11, Anm.3; Stier-Somlo, Verfassung, S.83; Rohmer, Freizügigkeit, S.237

## II. Der Begriff

Obschon der Begriff des staatlich gebundenen Berufes auf eine mehr als 150-jährige Tradition zurückblicken kann, steht er noch in der Entwicklung. Übereinstimmung besteht eigentlich nur darüber, daß es ihn gibt.<sup>55)</sup>

Man trägt damit der Tatsache Rechnung, daß Inhabern bestimmter freier oder auch gewerblicher Berufe im Interesse der Allgemeinheit Bindungen auferlegt sind, die sich bis zu öffentlichen Berufspflichten steigern, ja Merkmale eines beamtenähnlichen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses<sup>56)</sup> annehmen können. Die Formulierungen zur Kennzeichnung dieses Phänomens sind unterschiedlich.

So wird gesagt, die Berufe sind in besondere Staatsnähe gerückt<sup>57)</sup>, dem Staat vorbehalten<sup>58)</sup>, staatlich gebunden<sup>59)</sup>, dienen öffentlichen Belangen<sup>60)</sup>, sind Verwaltungsmonopole<sup>61)</sup>.

Heftiger Meinungsstreit herrscht bei der Frage, welche Berufe im einzelnen darunter zu rechnen sind. Während Bachof<sup>62)</sup> Rechtsanwälte, Patentanwälte, Privatdozenten, die öffentlichen Gewerbetreibenden des § 36 GewO, Notare, Prozeßagenten, Wirtschaftsprüfer, Bücherrevisoren, Steuerberater, Versteigerer, Hebammen, Kassenärzte, Lotsen, Fleischbeschauer und Bezirksschornsteinfegermeister dazu zählen will, nimmt das Bundesverwaltungsgericht die rechtsberatenden Berufe<sup>63)</sup>, den Heilpraktiker<sup>64)</sup> und den Apotheker<sup>65)</sup> davon aus.

---

55) So auch Fuhr, GewO, Einl. D III, S.63/64

56) So Becker, NJW 1955, S.1737(1738)

57) Leisner, JUS 1962, S.465

58) Bachof, Freiheit, S.184

59) Triepel, S.18

60) Merk, Lb., S.763

61) Badura, Verwaltungsmonopol, S.253 f.

62) Bachof, Freiheit, S.184/85

63) E 2, 85 ff.

64) E 4, 250 ff.

65) E 4, 167 ff.

Eine kritische Stellungnahme muß von der Grundtatsache ausgehen, daß es kaum einen Beruf gibt, der nicht in irgendeiner Weise dem Staate für die Ausübung seines Berufes "verantwortlich" ist, wie es Triepel in seiner Definition voraussetzt, und dazu auch durch Statuierung öffentlich-rechtlicher Pflichten angehalten wird<sup>66)</sup>. Das ist das legitime Anliegen des Staates.

Wohl jedem Beruf sind öffentlich-rechtliche Pflichten auferlegt, wie nur die Buchführungs- und Bilanzierungspflicht für Kaufleute<sup>67)</sup> oder die Einhaltung rein technischer Normen und Pflichten nach dem Lebensmittelgesetz<sup>68)</sup> zeigen mögen.

Derartige Bindungen vermögen also, - und das läßt sich schon an dieser Stelle sagen -, über die Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit eines Berufes zu den staatlich gebundenen allein nicht viel auszusagen. Sie sind deshalb wenig geeignet, die "Heranführung an den öffentlichen Dienst" und damit die Aushöhlung der grundrechtlichen Berufsfreiheit durch Art. 33 GG zu rechtfertigen.<sup>69)</sup>

Es soll darum zunächst versucht werden, die den Begriff der gebundenen Berufe konstituierenden Merkmale zu erfassen.

Bei einer Betrachtung der literarischen Äußerungen, die sich mit den staatlich gebundenen Berufen befassen, fällt zunächst auf, daß sie sich um die doch entscheidende Frage einer Klärung und Abgrenzung des Begriffes nicht oder doch nur in geringem Maße bemühen. Nach Festlegung der Grenzen, zwischen denen sich die ganze Breite der staatlich gebundenen Berufe erstreckt, nämlich zwischen den "freien" Berufen und dem öffent-

---

66) So auch Bachof, Freiheit, S.185

67) §§ 38, 44 II HGB

68) G über den Verkehr mit Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen i.d.F. v.17.1.1936. Nr.2125-4 des BGBl.III. (§§ 3 ff.)

69) So aber BVerfGE 7, 377(398). Ebenso Bachof, Freiheit, S.185, allerdings unter einem Vorbehalt, a.a.O., S.186. Kritisch und ablehnend Rupp, NJW 1965, S.993 ff.(995)

lichen Dienst, wird der so "bestimmte" Begriff sogleich in Zusammenhang mit Rechtsfolgen, der Geltung oder Nichtgeltung des Art. 12 GG oder seiner Einschränkungsmöglichkeit durch Art. 33 GG gebracht<sup>70)</sup>. Das gilt vornehmlich für Rinck<sup>71)</sup>, Merk<sup>72)</sup>, Fuhr<sup>73)</sup>, Huber<sup>74)</sup> und Hoffmann<sup>75)</sup>. Daneben gibt es jedoch auch Ansätze zu eingehenderen Untersuchungen.

#### A. Darstellung der bisherigen Stellungnahmen:

##### 1. Das Bundesverwaltungsgericht

Das Bundesverwaltungsgericht benutzt den Terminus des staatlich gebundenen Berufes nur an zwei Stellen<sup>76)</sup>. In anderen Entscheidungen spricht es von "dem Staat vorbehaltenen Berufen"<sup>77)</sup>. Daraus ist von Badura der Schluß gezogen worden<sup>78)</sup>, das BVerwG unterscheide zwischen staatlich gebundenen und dem Staat vorbehaltenen Berufen in dem Sinne, als erstere ein Unterfall von letzteren seien. Das läßt sich jedoch aus dem von Badura herangezogenen Urteil<sup>79)</sup>, das zudem der Sache nach nur ein Eingehen auf einen Einwand des Beklagten darstellt, nicht herleiten. Badura stützt seine Annahme besonders auf das Urteil vom 3.5.1956<sup>80)</sup>. Nun geht das BVerwG an dieser Stelle mit keinem Wort auf das Problem der staatlich gebundenen oder dem Staat vorbehaltenen Berufe ein, was Werner in seiner Besprechung ausdrücklich kritisiert<sup>81)</sup>, sondern sieht die Alters-

---

70) So deutlich BVerfGE 7, 377(398)

71) S.68

72) Lb. S.763/64

73) GewO Einl.D III, S.63/64

74) Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S.768

75) G über das Apothekenwesen, Komm. § 1 Rdn.82, S.90

76) E 4, 168(169); 4, 250(254)

77) E 2, 85(86); 3, 21(23); 5, 286(288); 6, 13(14); 6, 72(74)

78) Verwaltungsmonopol, S.255 FN 76

79) Badura zitiert nur E 4, 259; 3, 254

80) E 3, 254 ff.

81) DVBl. 1956, S.618(619)

grenze für Hebammen<sup>82)</sup> als zulässige Regelung der Berufsausübung<sup>83)</sup> an.

In den folgenden Entscheidungen kommt das BVerwG auf diese angebliche Unterscheidung auch nicht wieder zurück<sup>84)</sup>.

Es ist deshalb davon auszugehen, daß das BVerwG zwischen dem Staat vorbehaltenen und staatlich gebundenen Berufen keinen Unterschied treffen wollte<sup>85)</sup>.

Das zeigt deutlich die Entscheidung vom 22.11.1956. Hier wird der Begriff des staatlich gebundenen offensichtlich an Stelle des dem Staat vorbehaltenen Berufs verwendet. Das ergibt sich auch aus dem Urteil vom 20.11.1959<sup>86)</sup>; zwar wird auch hier von Berufen gesprochen, die "nach heutigen Vorstellungen dem Staat vorbehalten werden müssen", sowie von staatlich gebundenen. Hier sind jedoch dem Staat vorbehaltene Berufe, insoweit der Rechtsprechung des BVerfG<sup>87)</sup> folgend, denen des öffentlichen Dienstes gleichgesetzt. Nach Badura hätte das BVerwG zwischen dem öffentlichen Dienst, dem Staat vorbehaltenen und staatlich gebundenen Berufen unterscheiden müssen.

Was nun das Wesen der dem Staat vorbehaltenen = staatlich gebundenen Berufe ausmacht, wird vom BVerwG nicht abstrakt formuliert. Das Gericht hütet sich vor einer klaren Stellungnahme. Es "tastet" sich mehr von Fall zu Fall.

Besonderes Gewicht scheint es dennoch der Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben<sup>88)</sup> beimessen zu wollen.

Wann eine Aufgabe öffentlich und damit dem Staate

---

82) Vgl. § 5 HebammenG

83) A.A. BVerfGE 9, 338: zulässige Regelung der Berufswahl

84) Wozu gerade E 6, 72(75) - Bezirksschornsteinfegermeister - Anlaß geboten hätte

85) Wie hier auch Bachof, Freiheit, S.185 FN 128, der dies dem Gericht gerade vorwirft

86) E 9, 334

87) E 7, 377(398)

88) Vgl. E 4, 168(169): öffentliche Gesundheitspflege; E 6, 72(74): Feuerpolizeiliche Aufgaben

vorbehalten ist, wird allerdings mehr intuitiv und zufällig beantwortet<sup>89)</sup>. So spricht das Gericht zwar von den dem Apotheker im Interesse der öffentlichen Gesundheitspflege auferlegten Pflichten<sup>90)</sup>, verneint jedoch für den Apotheker die Qualität eines staatlich gebundenen Berufes mit der überraschenden Begründung, daß er trotz des gewerblichen Charakters des Apothekenbetriebes zu den freien Berufen zu rechnen sei<sup>91)</sup>.

Ebensowenig gehören die rechtsberatenden Berufe zu denen, die der öffentlichen Hand vorbehaltene Aufgaben wahrnehmen<sup>92)</sup>, "jedenfalls so lange, wie der Beruf des Rechtsanwalts zu den freien Berufen gehört"<sup>93)</sup>.

Den Urteilen läßt sich entnehmen, daß das BVerwG "öffentliche Aufgaben" und "freie Berufe" als Gegensätze in dem Sinne betrachtet, daß "freie Berufe" grundsätzlich keine "öffentlichen Aufgaben" wahrnehmen könnten. Diese Meinung wird in der Entscheidung vom 19.12.1957<sup>94)</sup> bestätigt. Dort wird nämlich festgestellt, daß der Bezirksschornsteinfegermeister dem Staat vorbehaltene Aufgaben erfülle. Die Sicherung eines geordneten Kehrwesens und die Erhaltung der Feuersicherheit seien öffentliche Aufgaben. "Diese Auffassung findet ihren Ausdruck in der Gestaltung, die die Berufsstellung des Bezirksschornsteinfegermeisters in der VO über das Schornsteinfegerwesen gefunden hat"<sup>95)</sup>. Dabei unternimmt das BVerwG den Versuch, das Maß der Reglementierung genauer zu bestimmen: Die jeweilige gesetzliche Regelung soll ein "stärkeres öffentlich-rechtliches Gepräge" erkennen lassen<sup>95a)</sup>. Öffentliche Pflich-

89) Vgl. zu dieser fast unlösbaren Aufgabe Klein, DÖV 1965, S.755 ff.; Peters, Aufgaben, S.877 ff.

90) E 4, 168(169)

91) Dies im Anschluß an eine Entscheidung des BVerwG E 5, 25(29/30)

92) E 2, 85(86); 2, 89(92); 6, 13(14). Dem hat sich Becker in NJW 1955, S.1737(1738 FN 19) für den Beruf des Rechtsanwalts angeschlossen.

93) A.A.Reuß, Urteilsanmerkung, NJW 1955, S.1533; Der Rechtsanwalt zähle wegen seiner Teilhabe an der staatlichen Rechtspflege als einer Aufgabe, welche grundsätzlich der öffentlichen Hand vorbehalten sei, zu den gebundenen Berufen. Dazu wiederum kritisch Bachof, Freiheit, S.184 FN 115

94) E 6, 72 ff.

95) BVerwGE 6, 72(74)

95a) E 4, 254

ten, die mit der Ausübung eines freien Berufes auch sonst verbunden sind<sup>95b)</sup>, reichen nicht aus<sup>96)</sup>.

Die in der VO festgelegten Bindungen und Auflagen stellen den Bezirksschornsteinfegermeister in Gegensatz zu den Trägern freier Berufe. Nur erstere können öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Das ist insoweit die folgerichtige Konsequenz aus den vorangegangenen Entscheidungen<sup>97)</sup>.

Die Meinung des BVerwG läßt sich dahingehend zusammenfassen, daß ein staatlich gebundener Beruf dann vorliegt, wenn die gesetzliche Ausgestaltung durch das Maß der öffentlich-rechtlichen Bindungen und Auflagen erkennen läßt, daß der Gesetzgeber die wahrzunehmenden Aufgaben als öffentliche Aufgaben angesehen hat.

## 2. Das Bundesverfassungsgericht

Die erste Stellungnahme des BVerfG<sup>98)</sup> zum Thema der gebundenen Berufe ist knapp und ähnelt in ihrer Kürze eher einem obiter dictum.

Es bemerkt, daß staatlich gebundene Berufe in mannigfaltiger Gestalt "möglich und wirklich" sind<sup>99)</sup>, daß sie ihren Standort zwischen "freien" Berufen und Berufen mit völliger Einbeziehung in die unmittelbare Staatsorganisation haben, und über ihre endgültige Zugehörigkeit Eigenart und Gewicht der zu erfüllenden Aufgaben entscheiden.

Das Gericht hatte später Gelegenheit, seine Stellungnahme zu dem Problem der gebundenen Berufe zu verdeutlichen<sup>100)</sup>. Hinsichtlich der Qualität der öffentlichen

---

95b) Siehe oben S. 9

96) E 4, 250(254): Heilpraktikerberuf

97) E 2, 85(86) und E 4, 168(169)

98) E 7, 377(398)

99) Auch das BVerfG unterscheidet zwischen dem Staat vorbehaltenen und staatlich gebundenen Berufen. Erstere sind jedoch mit den Berufen des öffentlichen Dienstes identisch, wie sich aus E 16, 6(21) deutlich entnehmen läßt.

100) Vgl. E 11, 30(40); 16, 6(22); 17, 371(377 f.)

Aufgaben beließ es das Gericht jedoch bei Andeutungen. So wird summarisch festgestellt, daß der Notar Rechtsgänge beurkundet und auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege tätig wird, also staatliche Aufgaben wahrnehme<sup>101)</sup>, oder es wird apodiktisch gesagt, daß Rechtspflege und freiwillige Gerichtsbarkeit "originäre Staatsaufgaben"<sup>102)</sup> sind, was keiner näheren Begründung bedürfe<sup>103)</sup>.

Im Kassenarzturnteil<sup>104)</sup> unterbleibt ein Hinweis auf die zu erfüllende Aufgabe sogar ganz. Umso mehr Gewicht wird auf die öffentlich-rechtliche Organisation gelegt<sup>105)</sup>. Das BVerfG prüft jeweils im konkreten Einzelfall nach der gesetzlichen Ausgestaltung die Regelung der Aufgaben und Befugnisse, kurz die gesamte Rechtsstellung. Trotz Einbeziehung in ein organisiertes öffentlich-rechtliches System soll jedoch ein Beruf ein "freier" bleiben, wenn die Tätigkeit unabhängig von der Natur der wahrzunehmenden Aufgaben freiberuflich bleibt<sup>106)</sup>. Am Beispiel des Notars entwickelt das BVerfG seine Vorstellungen von den staatlich gebundenen Berufen<sup>107)</sup>. Der Notar übt ein öffentliches Amt aus (§ 1 BNotO), er hat einen Amtsbezirk (§ 11), ihm ist ein Amtssitz zugewiesen (§ 10), er führt ein Amtssiegel (§ 13). Gegen ihn ist ein Dienststrafverfahren zulässig (§ 96), es entscheiden Dienststrafgerichte (§ 99), seine Haftung bemißt sich nach öffentlichem Recht (§§ 19 BNotO, 839 BGB)<sup>108)</sup>.

Der Träger eines staatlich gebundenen Berufes ist so durch "nächste Nachbarschaft" zu den Beamten gekennzeichnet. Der Beruf muß durch Auflagen und Bindungen den Berufen in einem öffentlich-rechtlichen Dienstver-

---

101) E 16, 6(22)

102) E 17, 371(376)

103) Dazu kritisch Rupp in NJW 1965, S.993(995)

104) E 11, 30(40)

105) E 11, 30(40)

106) E 11, 30(40)

107) E 16, 6(22/23); 17, 371(377/78)

108) Vgl. im einzelnen die in FN 107 genannten E

hältnis möglichst angenähert sein. Näheren Aufschluß darüber gibt seine gesetzliche Regelung.

### 3. Bachof und Hamann

Unter einem anderen Gesichtspunkt betrachten Bachof<sup>110)</sup> und Hamann<sup>111)</sup> die Problematik der staatlich gebundenen Berufe.

Bachof unterscheidet drei Gruppen von Berufen: die Berufe des öffentlichen Dienstes, die dem Staat vorbehaltenen Berufe<sup>112)</sup> und die staatlich gebundenen Berufe.

Kriterium des dem Staat vorbehaltenen Berufs, der grundsätzlich Art. 12 GG unterfällt<sup>113)</sup>, ist, daß er nur in staatsabhängiger Tätigkeit ausgeübt werden kann<sup>114)</sup>.

Gewisse Tätigkeiten könne der einzelne nur in Gestalt des öffentlichen Dienstes oder in einem sonstigen Abhängigkeitsverhältnis ausüben<sup>115)</sup>. In diesem Bereich hat der Staat faktisch ein Monopol. Diese Folgerung zieht Bachof auch, wenn er verlangt, es sei stets zu untersuchen, "ob und unter welchen Umständen sich der Staat einen Beruf vorbehalten d a r f "<sup>116)</sup>, indem er ihn monopolisiere. Im weiteren Verlauf seiner Abhandlung geht er dann auch von der Gleichstellung "dem Staat vorbehaltener" Berufe und monopolisierter Berufe aus<sup>117)</sup>. Die Grenze zulässiger Monopolisierungen sei jedoch außerhalb der Grundrechtsgewährleistungen des Art.12

---

111) Wirtschaftsverfassungsrecht, S.117

112) "Ein Begriff, der zweifellos weit über den des öffentlichen Dienstes hinausgeht", a.a.O., S.184

113) So sagt Bachof, a.a.O., S.184 gegen das BVerfG in E 7, 377(398), daß sich Art.12 für dem Staat vorbehaltene Berufe "keineswegs" darin erschöpfe, daß keinem ihre Wahl aufgezwungen oder verboten werden dürfe.

114) Freiheit, S.184 und FN 115

115) Irrig deshalb die Meinung Baduras, Verwaltungsmonopol, S.255 FN 77, die dem Staat vorbehaltenen Berufe Bachofs seien den Berufen des öffentlichen Dienstes gleichzusetzen.

116) a.a.O., S.184 und JZ 1958, S.468(469)

117) a.a.O., S.200 ff.

zu finden<sup>118)</sup>.

Bachofs Bestimmung der staatlich gebundenen Berufe kann danach so verstanden werden, daß sie negativ keine Tätigkeit wahrnehmen, die nur in staatsabhängiger Stellung ausgeübt werden können<sup>119)</sup>. Positiv hält er, - nach einer umfangreichen Aufzählung seiner Meinung nach staatlich gebundener Berufe -, eine genaue Grenzziehung wegen der Mannigfaltigkeit der staatlichen Bindungen für unmöglich<sup>120)</sup>. Immerhin kann seiner Stellungnahme entnommen werden, daß auch er auf die jeweilige gesetzliche Ausgestaltung des Berufes abstellt<sup>121)</sup>. Indiz für das Vorliegen eines solchen Berufes ist das Vorhandensein staatlicher Aufsichts- und Disziplinargewalt.

In gleicher Weise wie Bachof differenziert auch Hamann<sup>122)</sup>. Zwischen den Auffassungen beider besteht nur insoweit ein Unterschied, als Hamann das Wesen der dem Staat vorbehaltenen Berufe nicht in ihrer nur staatsabhängigen Tätigkeit, sondern in der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben des Staates sieht. Soweit hoheitliche Aufgaben wahrgenommen werden, rechtfertige sich die Einschränkung

---

118) a.a.O., S.201. Im weiteren Verlauf seiner Abhandlung (S.203) sieht Bachof dann die Schranke in der "verfassungsrechtlichen Wertentscheidung für eine freiheitliche Berufsordnung als Ganzem" mit Bezug auf S.165, a.a.O.

Ebenso in Berufsfreiheit, S.30 ff. Damit stehen drei Auffassungen zur Auswahl:

Geltung des Art.12 (S.184),

Nichtgeltung des Art.12 für Monopolberufe, die aber mit dem Staat vorbehaltenen identisch sind (S.184/201),

Schranke für Monopole in der Eigenschaft des Art.12 als Grundsatznorm.

Diese Widersprüche werden von Bachof nicht beseitigt.

119) Vgl. a.a.O., S.184 FN 115

120) a.a.O., S.185

121) Vgl. besonders S.185 FN 127

122) Wirtschaftsverwaltungsrecht, S.117

des Art.12 durch Art. 33 GG<sup>123)</sup>. Das Wesen der gebundenen Berufe umschreibt auch Hamann nicht näher. Da sie jedoch einen Gegensatz zu dem Staat vorbehaltenen Berufen bilden, die hoheitliche Aufgaben erfüllen, ist anzunehmen, daß Hamann hoheitliche Funktionen i.S. Art. 33 IV GG von ihnen nicht wahrgenommen wissen will.

#### 4. Badura

Eine sehr eigenwillige Darstellung der gebundenen Berufe gibt Badura<sup>124)</sup>.

Auch Badura kennt den Begriff des staatlich gebundenen Berufes. Er beschreibt ihn als ein durch besondere Verantwortung, Gebundenheit und Beaufsichtigung geprägtes öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zu einem Verwaltungsträger<sup>125)</sup>.

Die Zurechnung eines Berufes zu den gebundenen ist jedoch nicht die Folge seiner besonderen gesetzlichen Ausgestaltung, sondern Folge der Beleihung mit einem "Verwaltungsmonopol": "Wird eine natürliche Person mit einem Verwaltungsmonopol beliehen, übt diese einen staatlich gebundenen Beruf aus"<sup>126)</sup>. Kriterium des gebundenen Berufes ist nach Badura also die Beleihung mit einem Verwaltungsmonopol. Das macht es erforderlich, auf diesen von ihm in ganz spezifischer Weise verstandenen Begriff näher einzugehen.

Verwaltungsmonopol ist nach Badura ein Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts<sup>127)</sup>. Es steht neben anderen Techniken des Staates wie Genehmigungspflicht und Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.

Er versteht darunter "die zur Verwirklichung eines bestimmten Verwaltungszweckes zugunsten eines Verwal-

---

123) In einer späteren Stellungnahme hat Hamann sich der Rechtsprechung des BVerfG angeschlossen, GG, Art.12 B 2b, S.144

124) Verwaltungsmonopol, S.251 ff.

125) a.a.O., S.254

126) S.253

127) S.38 und S.87

tungsträgers oder eines Privaten begründete Befugnis, eine bestimmte Tätigkeit überhaupt oder innerhalb eines örtlich begrenzten Bereichs ausschließlich auszuüben<sup>128)</sup>". Diese Befugnis ist ihrer Natur nach öffentlich-rechtlich ausgestaltet<sup>129)</sup>. Das Verwaltungsmonopol dient der Verwirklichung von Verwaltungszwecken; was als Verwaltungszweck anzusehen ist, ergibt "die Idee der Verwaltung"<sup>130)</sup>. Die den Inhalt von Verwaltungsmonopolen bildenden ausschließlichen Befugnisse sind nicht grenzenlos. Sie sind von anderen ausschließlichen Befugnissen der Verwaltung, wie Ausübung hoheitlicher Zwangsgewalt, Setzen von Verwaltungsakten u.a. zu scheiden<sup>131)</sup>. Das unterscheidende Kriterium zwischen Verwaltungsmonopolen und anderen Ausschließlichkeitsbefugnissen findet Badura darin, daß "bestimmte Tätigkeiten schon ihrer Natur nach staatlich, d.h. aber dem Staat ausschließlich zukommend sind"<sup>132)</sup>. Diese bedürfen nicht eines Verwaltungsmonopols, sie ergeben sich aus dem "Wesen des Staates selbst". Unter den Begriff des Verwaltungsmonopols fallen also nicht solche staatlichen Befugnisse, die schon "begrifflich Staatsfunktionen" sind.

Aus dieser Begriffsbildung des Verwaltungsmonopols ergeben sich für Badura folgende Berufsgruppen:

- 1) Berufsmäßig ausübbare Tätigkeiten, die nur im öffentlichen Dienst möglich sind<sup>133)</sup>. Denn aus dem Verwaltungsmonopol sind Tätigkeiten, die ihrer Natur nach staatlich sind, ausgeschlossen<sup>134)</sup>.
- 2) Staatlich gebundene Berufe, die mit einem Verwaltungsmonopol beliehen sind, Das stellt eine intensive Bindung eines Berufes dar<sup>135)</sup>. Ihnen ist dafür die Befugnis eingeräumt, eine bestimmte Tätigkeit ausschließlich auszuüben<sup>136)</sup>.

---

128) S.86

129) S.89

130) S.90

131) Vgl. S.92 ff.

132) S.92

133) Vgl. S.257 und FN 82 daselbst

134) S.255 FN 77 und S.92 ff.

135) S.257

136) S.86

3) Tätigkeiten, die private Berufstätigkeiten sind.

Diese können von staatlich gebundenen Berufen ausgeübt werden<sup>137)</sup>. Bei ihnen sind die öffentlich-rechtlichen Bindungen weniger intensiv.

Darüberhinaus ermangeln sie des Verwaltungsmonopols. Zu ihnen rechnet Badura Rechtsanwälte, Ärzte und Hebammen<sup>138)</sup>.

Badura trifft also innerhalb der staatlich gebundenen Berufe eine weitere Unterscheidung danach, ob sie mit einem Verwaltungsmonopol beladen sind oder nicht<sup>139)</sup>.

## B. Kritik

1. Die vorstehend dargelegten Lehren vermögen das Wesen der gebundenen Berufe nicht befriedigend zu beschreiben.

a) Das gilt zunächst für die Auffassung des BVerwG<sup>140)</sup>.

Schon die Darstellung hat gezeigt, daß sich das Gericht um eine grundsätzliche Klärung des Wesens der gebundenen Berufe nicht bemüht hat. Statt gewisse Mindestvoraussetzungen aufzustellen und für den jeweils zu judizierenden Einzelfall deren Vorliegen zu prüfen, beschreitet es den umgekehrten Weg und gelangt so zu mitunter willkürlich anmutenden Ergebnissen.

So sollen die Berufe des Rechtsanwalts<sup>141)</sup>, des Apothekers<sup>142)</sup> und der Hebamme<sup>143)</sup> keine staatlich gebundenen Berufe sein<sup>144)</sup>.

---

137) S. 257

138) S. 254

139) S. 254 und S. 257

140) E 7, 377 f.

141) E 2, 86

142) E 4, 169

143) E 3, 254, wo der Gesichtspunkt der staatlichen Gebundenheit nicht einmal erwähnt wird. Vgl. die kritische Anmerkung Werners in DVBL. 1956, S. 618. Später hat das BVerwG die Hebamme wieder zu den gebundenen Berufen gezählt, E 9, 334

144) Vgl. die entgegengesetzten Meinungen von Bachof, Freiheit, S. 184/185; Werner in DVBL. 1955, S. 562; Badura, Verwaltungsmonopol, S. 257

Widerspruch hervorrufen muß auch die dafür gegebene Begründung: Ein Beruf könne nicht staatlich gebunden sein, so lange er zu den "freien" Berufe gehöre<sup>145)</sup>.

Damit stellt sich sofort die Frage nach dem Begriff des "freien" Berufs. Denn dieser ist keineswegs eindeutig<sup>146)</sup>. Als einer Erscheinungsform des Lebens haben sich des freien Berufs neben der Rechtswissenschaft auch die Soziologie und die Nationalökonomie angenommen<sup>147)</sup>. Das führte zu jeweils verschiedenen Ergebnissen<sup>148)</sup>.

Rittner hat versucht, den Begriff des freien Berufs als Rechtsbegriff zu umschreiben.

Als wesentliche Begriffselemente hob er die folgenden hervor:

1. Die berufliche Tätigkeit wird nicht in der Abhängigkeit des Beamten oder Arbeitnehmers ausgeübt.
2. Der Freiberufliche erfüllt seinen Berufsauftrag, rechtlich gesehen, vornehmlich durch privatrechtliche Verträge mit anderen Personen<sup>149)</sup>.
3. Er erbringt seine Leistung persönlich.
4. Sein Handeln ist von einer persönlichen Verantwortung getragen<sup>150)</sup>150a).

In den von Rittner erarbeiteten Grundbegriff des "freien" Berufs, - ob die Aufzählung der nach Rittner wesentlichen Elemente diesen zu einem Rechtsbegriff zu befördern vermag, sei dahingestellt, - lassen sich nun allerdings so typisch gebundene Berufe wie der des Notars<sup>151)</sup>, der Hebamme<sup>152)</sup>, des Wirt-

145) E 2, 86; E 4, 169

146) So auch Hoffmann in DVBl.1964, S.457(459)

147) Vgl. Römer, S.37 ff.; Rittner, S.9, 19 FN 50; BVerfGE 10, 354(364)

148) So Rittner, S.19 FN 50

149) a.a.O., S.20

150) a.a.O., S.21

150a) Bei dieser Aufzählung der Begriffselemente ist zu beachten, daß Rittner sie als Gegensatz zu den wirtschaftlichen Unternehmen entwickelt; darauf weist schon der Titel seiner Schrift hin.

151) Rittner, S.30 nennt ihn "freiberuflichen Amtsträger". Vgl. auch BVerfGE 17, 371(380)

152) Rittner, S.28 FN 75. Auch das BVerfGE scheint dazu zu neigen, diese als staatlich gebunden zu betrachten, wie die Bemerkungen in E 4, 254 zeigen.

schaftsprüfers und des Steuerberaters<sup>153)</sup> einordnen. Das gilt selbst für den Beruf des Bezirksschornsteinfegermeisters: Auch er erbringt seine Leistung persönlich unter persönlicher Verantwortung, unabhängig und durch Abschluß privatrechtlicher Verträge, wenn auch mit Abschlußzwang<sup>153a)</sup>.

Nach Rittner können staatlich gebundene Berufe also zugleich auch "freie" Berufe sein.

"Freien" Beruf in diesem Sinne kann das BVerwG demnach nicht gemeint haben.

Allerdings - und das beweisen schon die angeführten Beispiele, - ist der Begriff des "freien" Berufes nicht geeignet, einen begrifflichen Gegensatz zu den staatlich gebundenen Berufen zu bilden, von einer rein philologischen Betrachtungsweise abgesehen.

Jedem Beruf sind einige öffentlich-rechtliche Pflichten auferlegt, jeder Beruf unterliegt einer Regelung und Kontrolle. Das gilt sowohl für freie Berufe (gedacht als Gegensatz zu den gewerblichen)<sup>154)</sup>, deren Träger wissenschaftliche, künstlerische Tätigkeiten höherer Art (etwa als Arzt) verrichten, wie für gewerbliche Berufe (Schornsteinfeger)<sup>155)</sup>. Auch wenn die Träger eines Berufes Tätigkeiten höherer oder geistiger Art wahrnehmen und so zu den "freien" Berufen gehören sollten, so läßt sich daraus nicht ableiten, daß den Angehörigen dieser Berufe ein "erhöhter Anspruch auf Freiheit vor gesetzgeberischen Eingriffen rechtlich verbürgt ist"<sup>156)</sup>.

Öffentlich-rechtliche Bindungen und Auflagen schließen nicht aus, daß ein Beruf seiner Gesamtstruktur nach "Gewerbe" oder "freier" Beruf ist. Derartige

---

153) Rittner, S.27; Bachof, Freiheit, S.184; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S.783, 786

153a) Vgl. Nipperdey, Kontrahierungszwang, S.7, 23, 41 und S.49. Ebenso Moelle, usw., § 8 Anm.h, S.65; Fuhr, GewO, § 39, Anm.2, S.4 jeweils m.w.N.

154) Vgl. Landmann-Rohmer, GewO, Einl. Rdn.99/100

155) A.A.Hoffmann, DVBl.1964, S.459, der Fähigkeiten voraussetzt, die über rein handwerkliches Können hinausgehen.

156) BVerfGE 10, 354(364)

Begriffe kennzeichnen lediglich einen Sachverhalt<sup>157)</sup>. In den Worten, der Apotheker rechne zu den freien Berufen, also könne er nicht staatlich gebunden sein, liegt also ein Widerspruch<sup>157a)</sup>.

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn man wie Römer<sup>158)</sup> freie Berufe als solche ansieht, die der Staat mit seiner Organisationsgewalt nicht erfassen kann<sup>159)</sup>. Damit steht der "freie" im Gegensatz zu den unmittelbar in die Staatsorganisation einbezogenen Berufen<sup>160)</sup> (des öffentlichen Dienstes) und den staatlich gebundenen, die "bedingt organisierbar" sind<sup>161)</sup>. Diese Unterscheidung rechtfertigt sich durch den Gegensatz von Staatstätigkeit und Berufstätigkeit, Organstellung und Berufsstellung, die sich nur in der Person des Tätigen berühren<sup>162)</sup>. Soweit ein Berufstätiger Staatstätigkeit ausübt, eine Organstellung innehat, reicht auch die Organisationsgewalt; jenseits davon beginnt der freie Beruf.

Römer<sup>163)</sup> beeilt sich jedoch zu betonen, daß dieser Begriff des freien Berufs mit einem durch alle Rechtsgebiete gehenden Grundbegriff des freien Berufes oder anderen juristischen oder nichtjuristischen Konkretisierungen dieses Begriffs nichts zu tun hat. Auch das BVerwG meinte ihn nicht in dieser Bedeutung. "Freie" Berufe i.S. der Auffassung des BVerwG können deshalb nicht als Antithese zu "gebundenen" gedacht werden.

Zumindest sind sie - da selbst ungeklärt - nicht für die Abgrenzung der staatlich gebundenen Berufe verwendbar, will man die gestellte Frage nicht bloß durch eine andere ersetzen.

---

157) Vgl. BVerfGE 10, 354(364)

157a) So aber BVerwGE 4, 168(169)

158) S.40 ff.

159) S.41

160) Auch Hoffmann, DVBl.1964, S.459 sieht den freien Beruf im begrifflichen Gegensatz zu den Trägern eines öffentlichen Amtes.

161) S.41

162) S.40

163) a.a.O., S.41

Auf die Frage nach dem Wesen der staatlich gebundenen Berufe bleibt das BVerwG die Antwort schuldig. Das ist umso bedauerlicher, als das BVerwG behauptet hatte, Art. 12 gelte "seinem Wesen nach" nicht für die gebundenen Berufe<sup>164)</sup>.

Was diese Berufe kennzeichnet, wird nicht erörtert. Die Ausführungen des BVerwG führen also nicht weiter.

b) Die Ausgangsbasis des BVerfG ist breiter, indem es die beiden Endpunkte "freier" Beruf mit gewissen Auflagen und Beruf mit völliger Einbeziehung in die unmittelbare Staatsorganisation fixiert, zwischen denen die gebundenen Berufe ihren Platz erhalten<sup>165)</sup>.

Besondere Bedeutung mißt das BVerfG den öffentlichen Aufgaben bei; denn deren "Eigenart und Gewicht" soll die endgültige Zugehörigkeit eines Berufes zu den gebundenen bestimmen.

Das ist in dieser Allgemeinheit sicher nicht richtig. Denn die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe allein, - abgesehen von den noch größeren Schwierigkeiten, die dieser Begriff wieder bereitet<sup>166)</sup>, - macht einen Beruf noch nicht zu einem gebundenen. Darin kann allenfalls ein Indiz gesehen werden. Das scheint das Gericht selbst erkannt zu haben; denn in späteren Entscheidungen stellt es weniger auf das Gewicht der Aufgaben als vielmehr auf die gesetzliche Ausgestaltung, die öffentlich-rechtliche Organisation eines Berufes ab<sup>167)</sup>. Das Kennzeichen des staatlich gebundenen Berufs wird nun in der "nächsten Nachbarschaft" zu den Beamten gesehen<sup>168)</sup>.

---

164) E 4, 254; 6, 74

165) E 7, 377(398)

166) Vgl. Peters, Aufgaben, S.877 ff.; Klein, DÖV 1965, S.755 ff.

167) E 16, 6(22); 11, 30(40); 17, 371(377/78)

168) E 16, 6(22)

Diese "Beschreibung" trifft zu. Eine befriedigende Bestimmung des Wesens der gebundenen Berufe kann darin jedoch noch nicht gesehen werden. Das Gericht liefert einen Ansatzpunkt, aber keine Zusammenfassung. Seine Thesen bedürfen deshalb noch näherer Ausformung.

c) Auf ganz andere Weise versuchen Bachof und Hamann zu einer begrifflichen Klärung zu gelangen. Ihre Ausführungen erwecken jedoch Bedenken. Problematisch erscheint zunächst ihre Unterscheidung von staatlich gebundenen und dem Staat vorbehaltenen Berufen. Damit wird ein neuer Begriff eingeführt, dessen Konturen genau so schwer zu bestimmen sind wie die des ersten.

Der Unterschied beider beruht nach Bachof<sup>169)</sup> darauf, daß der dem Staat vorbehaltene Beruf nur in staatsabhängiger Tätigkeit ausgeübt werden kann. Mit der Feststellung, ein Beruf sei dem Staat vorbehalten, wenn er nur in staatlicher Abhängigkeit ausgeübt werden könne, ist freilich wenig genug gesagt. Das ist überdies lediglich die Folge eines Monopols, wie Bachof selbst erkennt<sup>170)</sup>. Eine Begriffsbestimmung wird damit nicht gegeben.

Eine solche würde man eigentlich von Bachof erwarten. Denn er bestimmt den Begriff des gebundenen Berufes negativ dadurch, daß seine Träger keine Tätigkeiten wahrnehmen, die dem Staat vorbehalten sind<sup>171)</sup>, er erklärt also den einen Begriff durch den anderen.

Allerdings gibt Bachof eine längere Aufzählung von "Vorbehalts- oder Monopolberufen", aus der möglicherweise die sie konstituierenden Merkmale entnommen werden können. So nennt er<sup>172)</sup> das Abdeckereimonopol<sup>173)</sup>

---

169) Freiheit, S.184 FN 115

170) a.a.O., S.184

171) Deutlich a.a.O., S.184 FN 115: "Der Beruf des Rechtsanwalts ist nicht dem Staat vorbehalten, sondern staatlich gebunden."

172) a.a.O., S.184 FN 173

173) § 5 Tierkörperbeseitigungsg v.1.2.1939, RGBI.I, S.187

und auf landesrechtlicher Ebene Privatversicherungs-, Lotterie-, Sportwetten- und Straßenreinigungsmonopole.

Alle diese Beispiele machen jedoch nur deutlich, daß es viele Berufe gibt, für die der Staat traditionell ein Monopol in Anspruch nimmt; ihr Rechtszustand ist gewissermaßen geschichtlich überliefert und vorgefundnen. Bachof spricht selbst von den vom Grundgesetz vorausgesetzten "vorrechtlichen Gesamtbild"<sup>174)</sup>. Eine logische Notwendigkeit dafür, daß diese Tätigkeiten dem Staat vorbehalten sind und nur in staatsabhängiger Stellung ausgeübt werden könnten, besteht nicht<sup>175)</sup>. Dann besteht auch keine Notwendigkeit mehr, die Unterscheidung zwischen gebundenen und dem Staat vorbehaltenen Berufen aufrechtzuerhalten.

Wenig überzeugend sind auch die Darlegungen zu den staatlich gebundenen Berufen.

Bachof hält eine Grenzziehung für unmöglich, weil bei- nahe jeder Beruf in irgendeiner Weise "für die Aus- übung des Berufs verantwortlich" sei und dazu durch öffentliche Pflichten angehalten werde. Dem ist ent- gegenzuhalten, daß in dem Begriff der staatlich ge- bundenen Berufe nicht nur ein Deskriptions-, sondern ein Verfassungsproblem enthalten ist und daß Berufe, die nur in "irgendeiner Weise" eine Berufsverantwortung tragen und nur einigen Bindungen unterliegen, eben k e i n e staatlich gebundenen Berufe sind. Bachof ist der Lösung des Problems nur ausgewichen. Eine Unterscheidung zwischen gebundenen und nicht gebun- denen Berufen ist, wie noch zu zeigen sein wird, durchaus möglich und notwendig.

Hamann sieht den Unterschied zwischen dem Staat vor- behaltenen und staatlich gebundenen Berufen darin, daß letztere keine hoheitsrechtliche Funktionen wahr- nehmen können. Das ist jedoch schon in tatsächlicher

---

174) a.a.O., S.202

175) Daß Bachofs Darlegungen auch in anderer Hinsicht widerspruchsvoll sind, wurde bereits gesagt, oben S.15 FN 118

Weise durch die Berufe des Notars und Bezirksschornsteinfegermeisters widerlegt.

Die Problematik der gebundenen Berufe ist mit der von Bachof und Hamann gemachten Unterscheidung nicht gelöst, sondern eher kompliziert worden.

d) Baduras eigenwillige Behandlung des Themas der gebundenen Berufe basiert auf dem Begriff des Verwaltungsmonopols.

Die Einführung eines neuen Begriffs würde sich nur rechtfertigen, wenn damit wirklich zur Klärung beigetragen wird. In dieser Hinsicht ergeben sich jedoch Zweifel.

Badura will das Verwaltungsmonopol als Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts begriffen wissen. Er betont dies an mehreren Stellen<sup>176)</sup>.

Rechtsinstitute enthalten ein "Sein" und ein "Sollen"<sup>177)</sup>. Das Verwaltungsmonopol Baduras entbehrt jedoch des "Sollens"<sup>178)</sup>. Das beweisen seine eigenen Ausführungen.

Die wesentlichen Elemente des Verwaltungsmonopols sind

a) die Befugnis, b) bestimmte Tätigkeiten ausschließ-  
lich c) zur Verwirklichung eines bestimmten Verwaltungszweckes auszuüben<sup>179)</sup>.

---

176) Vgl. Vorwort, S.38 und S.87

177) Vgl. Forsthoff, Lb., § 9, S.151/52

Rechtsinstitute sind gestalthafte Gebilde, die nicht nur die "Verdichtung bestimmter geistiger Gehalte des Rechts, sondern ebenso sehr auch ein "Stück Wirklichkeit" sind. Enneccerus-Nipperdey sprechen dann auch von abstrakten Rechtsverhältnissen, § 71 II, S.428. Ebenso Larenz, S.327. Vgl. noch weiter Abel, S.46 ff.; Sasse, AÖR 85 (1960), S.423(446ff.)

178) Die Rechtswirkungen ergeben sich nicht aus dem Monopol, siehe dazu weiter im Text. - Eine Darstellung des institutionellen Denkens kann hier unterbleiben.

179) Monopol wird dabei nur noch sehr bedingt in seiner ursprünglichen Bedeutung verstanden. Vgl. etwa die Definition von Schick, DÖV 1962, S.931(932): "Zusammenfassend läßt sich die Monopolisierung bestimmen als die Zuweisung einer als Beruf denkbaren Tätigkeit durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes an den Staat oder einen Träger mittelbarer Staatsverwaltung unter gleichzeitiger Ausschließung jeglicher Konkurrenz."

Kriterium des Begriffes ist also die "Befugnis":

Wenn diese erteilt ist, ergibt sich für den Begünstigten die Rechtsfolge, bestimmte Tätigkeiten ausschließlich aus /üben zu dürfen.

Erteilt beispielsweise der Regierungspräsident einer Hebamme die Niederlassungserlaubnis gemäß § 10 I HebammenG, so ist diese zur ausschließlichen Leistung von Geburtshilfe<sup>180)</sup> befugt. Die Erteilung dient dem wichtigen Verwaltungszweck der Gesundheitsvorsorge- und Fürsorge. Demnach wäre die Hebamme mit einem Verwaltungsmonopol beliehen. Das leugnet Badura jedoch ohne nähere Begründung<sup>181)</sup>. Nach seiner Auffassung gehört die Hebamme zu den gebundenen Berufen ohne Verwaltungsmonopol. Schon dieses Beispiel<sup>182)</sup> zeigt, daß die von Badura gemachte Unterscheidung zweier Arten von staatlich gebundenen Berufen bei Zugrundelegung seiner Auffassung nicht konsequent ist.

Sind aber die Ausschließlichkeitsfunktionen erst die Folge der "Befugnis" und nicht des "Verwaltungsmonopols", dann ist dieser Begriff im vorliegenden Zusammenhang überhaupt überflüssig. Er faßt nur beschreibend einen Sachverhalt zusammen, der seine Existenz einer Erlaubnis oder Beleihung mit Verwaltungsbefugnissen verdankt. Die von Badura beschriebenen Rechtsfolgen ergeben sich also aus den Rechtsinstituten der "Erlaubnis" bzw. der "Beleihung"<sup>183)</sup>. Das Verwaltungsmonopol ist demnach keine "Technik des Staates"<sup>184)</sup>, sondern selbstverständliche Folge der Erlaubniserteilung oder Beleihung: Wer eine Apothekenbetriebserlaubnis erhalten hat<sup>185)</sup>, wird automatisch Mitglied des privilegierten Kreises von Personen, die alleine Arzneimittel ab-

---

180) § 4 HebammenG

181) a.a.O., S.254

182) Vgl. auch das des Rechtsanwalts, a.a.O., S.254. Aber auch der RA hat ein Monopol, wie § 3 BRAO in Verbindung mit § 157 II ZPO zeigen.

183) Vgl. dazu unten S. 41 ff.

184) a.a.O., S.86

185) § 1 II G über das Apothekenwesen.

geben dürfen. Das bestimmt § 28 III Arzneimittelgesetz.<sup>186)</sup> Es ist deshalb mißverständlich, wenn nicht sogar unlogisch, zu sagen, der Apotheker werde mit einem Verwaltungsmonopol "beliehen". Darüberhinaus ist die "Beleihung" ein Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts, das einen spezifischen Sinngehalt hat. Man versteht darunter die Kompetenz, hoheitliche Befugnisse in eigenem Namen wahrzunehmen<sup>187)</sup>. Ein Privater wird deshalb nicht mit einem Verwaltungsmonopol beliehen, sondern mit Hoheitsbefugnissen.

Damit ist zugleich erwiesen, daß das Verwaltungsmonopol des "Sollens" entbehrt. Es kann damit auch kein "Rechtsinstitut" sein.

Der Begriff des Verwaltungsmonopols ist auch noch aus einem anderen Grunde problematisch.

Nach Badura unterfallen ihm nicht alle Ausschließlichkeitsbefugnisse<sup>188)</sup>. Das unterscheidende Kriterium zwischen diesen Monopolen und anderen Ausschließlichkeitsbefugnissen der Verwaltung soll darin liegen, daß bestimmte Tätigkeiten schon ihrer Natur nach staatlich sind. Diese werden von der Verwaltung nicht kraft einer Monopolisierung ausgeübt, sondern ergeben sich aus dem Begriff des Staates selbst. Über derartige Funktionen darf der mit einem Verwaltungsmonopol Beliehene nicht verfügen.

Diese Unterscheidung läßt sich jedoch nicht durchhalten. Das zeigt die sogenannte mittelbare Staatsverwaltung. Denn "unbestrittene Staatsaufgaben"<sup>189)</sup> werden auch von der unmittelbaren Staatsorganisation ausgegliederten Trägern öffentlicher Verwaltung wahrgenommen: Zum Beispiel von den Beliehenen.<sup>190)</sup>

---

186) G über den Verkehr mit Arzneimitteln v. 16.5.61  
BGBI I, S. 533

187) Wolff, Lb. II § 104 Ib, S. 305.  
Vgl. auch unten S. 38

188) a.a.O., S. 92

189) Peters, Aufgaben, S. 893

190) Wolff, a.a.O., S. 305; Peters, a.a.O., S. 893;  
BVerwG E 1, 303(304) "Badura selbst, a.a.O., S. 251:  
An sich staatliche Gewalt kann auch von Rechtsträgern außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung wahrgenommen werden."

So übt der Bezirksschornsteinfegermeister feuerpolizeiliche Befugnisse aus<sup>191)</sup>, ebenso versieht der Schiffskapitän polizeiliche Aufgaben<sup>192)</sup>.

Beiden steht jedoch ein Verwaltungsmonopol i.S. Baduras zu. Denn sie haben die Befugnis, bestimmte Tätigkeiten innerhalb eines örtlich begrenzten Bereiches ausschließlich auszuüben<sup>193)</sup>. Die Tätigkeiten beider sind allerdings ihrer Natur nach staatlich<sup>194)</sup> und dürften deshalb nach Badura dem Begriff des Verwaltungsmonopols gerade nicht unterfallen. Dennoch rechnet er den Schornsteinfeger, insoweit im Widerspruch zu seinen eigenen Ausführungen, den mit einem Verwaltungsmonopol beliehenen Personen zu<sup>195)</sup>. Nach dem von Badura entwickelten Begriff des Verwaltungsmonopols ist schon die Formulierung: "In allen Fällen, in denen einem ... Rechtsträger des Privatrechts ... ein Verwaltungsmonopol zusteht, ist dieser Rechtsträger ein beliehener Unternehmer" ein Widerspruch<sup>196)</sup>. Denn der Beliehene kann als Träger öffentlicher Verwaltung im Einzelfall Staatsaufgaben wahrnehmen.

Die Ausführungen Baduras sind schon in sich nicht frei von Widersprüchen.

Der von ihm geprägte Begriff ist aber auch für die staatlich gebundenen Berufe weder praktikabel, noch erfaßt er ihr Wesen. Auch er ersetzt vielmehr eine Frage jeweils durch eine andere. Er beschreibt lediglich die sich aus der Erlaubniserteilung oder Beleihung ergebenden, kann aber selbstverständlichen Rechts-

---

191) Vgl. §§ 27 I 2, 33 VO über das Schornsteinfegerwesen

192) § 106 III/IV SeemannsG v.26.7.57, BGBI II, S.713

193) a.a.O., S.86

194) Das anerkennt auch Badura an einer Stelle (a.a.O., S.257 FN 81), wenn er das "Verwaltungsmonopol" des Bezirksschornsteinfegermeisters und eigenartigerweise auch das des Apothekers nicht als privates (also als staatliches?) Monopol bezeichnet, weil es einen polizeilichen Verwaltungszweck verfolge, also doch einer ihrer Natur nach staatlichen Aufgabe.

195) a.a.O., S.254, 257

196) S.252

folgen<sup>197)</sup>. Seine Begriffsbestimmung ist deshalb für den Bereich der staatlich gebundenen Berufe jedenfalls abzulehnen<sup>198)</sup>.

## 2. Die Monopolberufe

Die Frage der Vereinbarkeit staatlicher Monopole mit Art. 12 GG, die mit dem Problem der staatlich gebundenen Berufe nur entfernte Berührungspunkte hat, ist noch ungeklärt. Ihre Beantwortung hängt letztlich von der Frage ab, ob und in welchem Maße sich der Staat wirtschaftliche Betätigungen unter Ausschluß der Konkurrenz weiterer Mitbewerber vorbehalten kann<sup>199)</sup>.

Der Zulässigkeit von Monopolen stehen erhebliche - verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber<sup>200)</sup>.

Andernfalls hätte der Staat die Möglichkeit, unter Ausnutzung seiner Finanzkraft und seiner Machtmittel in allen Bereichen beruflich ausübbarer Tätigkeiten z.B. der Wirtschaft<sup>201)</sup> oder des Bildungswesens<sup>202)</sup>, die private Initiative auszuschalten und diese Bereiche für sich in Anspruch zu nehmen. (Soweit er dies nicht schon getan hat.)

---

197) Ähnlich Thieme in seiner Buchbesprechung, AÖR 90, S.388(389) mit der vorsichtigen Frage, "ob der Begriff hier angemessen verwendet sei". Denn rechtstechnisch würde nichts anderes geschehen als auch bei der Erlaubniserteilung. Bei Badiura erscheine "die quantitative Besonderheit als eine qualitative, ohne es in Wirklichkeit zu sein". Zustimmend dagegen Menger, Der Staat 66, S.383 (384) in seiner Buchbesprechung.

198) Inwieweit der Begriff des Verwaltungsmonopols für andere Monopole wie Polizei-, Finanz-, Lenkungs- und Leistungsmonopole brauchbar ist, soll hier nicht untersucht werden.

199) Vgl. Welsch, Diss., S.16

200) Weniger streng Thieme in JZ 1961, S.280(284)

201) Post-, Arbeitsvermittlungs-, Zündholz-, Branntwein-, Personenbeförderungs-, Runkfunk-, Brandversicherungs-, Lotterie-, Sportwetten- und Bergwerksmonopol

202) Schulwesen, Theaterunternehmen der öffentlichen Hand

Die Grenzen monopolistischer Betätigung der öffentlichen Hand müßten deshalb klar bestimmt werden. Ob diese Grenzen Art. 12 GG selbst oder speziellen verfassungsrechtlichen Normen wie Art. 2 I, 15, 33, 87 oder 105 GG oder allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen und Wertnormen wie Sozialstaatsfunktion, Rechtsstaatsidee oder gar Art. 92I GG entnommen werden können, kann an dieser Stelle nicht untersucht werden<sup>203)204)</sup>.

---

203) vgl. dazu Bachof, Freiheit, S.200 f.; ders., Berufsfreiheit, S.30; Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, S.77, 82; Huber, Lb. I, S.479 f.; Thieme JZ 1961, S.280; Badura, Verwaltungsmonopolpassim; Maunz-Dürig, GG Art.2I, Rdn.52, S.45 f.; Nipperdey, Grenzen, S.241(243 ff.); Hoffmann DVBL. 1964, S.457; Schick DÖV 1962, S.931 f. und neuestens Biermann, Diss., S.5 ff., passim

204) Ob darüberhinaus neben Monopolberufen und staatlich gebundenen Berufen noch "verstaatlichte" Berufe unterschieden werden müssen, so Hoffmann in DVBL.1964 S.457 f., erscheint fraglich. Unter Verstaatlichung eines Berufs versteht Hoffmann einen Gesetzgebungsakt, der zugleich mit der Monopolisierung eines beruflichen Bereichs zugunsten des Staates die darin bisher tätigen Personen dem Recht des öffentlichen Dienstes unterstellt oder zu unabhängigen Trägern eines öffentlichen Amtes qualifiziert. Die verstaatlichten Berufe sind also mit den Monopolberufen Bachofs (vgl. Freiheit, S.184, 200 f.) identisch. Ebenso wohl Herzog, Berufsfreiheit, S.158.

Um der Klarheit willen sollte auf rechtlich irrelevanten und daher verwirrende Begriffsbildungen verzichtet werden.

Verfehlt scheint auch der Versuch Hoffmanns, a.a.O., S.458, den Notar nur deswegen zu den verstaatlichten Berufen zu rechnen, weil er vom Gesetz (§ 1 BNotO) als unabhängiger Träger eines Amtes gekennzeichnet wird.

Dieser Gesichtspunkt ist doch wohl zu formal. Vgl. auch die Kritik Rupps in NJW 1965, S.993 f. (996) an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (z.B. E 17, 371(376), das mit den gleichen formalen Kriterien den Notar diesmal aber zu den staatlich gebundenen Berufen rechnet.

### 3. Zusammenfassung

Die Stellungnahmen der Rechtsprechung und des Schrifttums sind durch eine Gemeinsamkeit gekennzeichnet. Von einem ad hoc gebildeten Begriff der staatlich gebundenen Berufe, - soweit man überhaupt von einem solchen sprechen kann, - werden Rechtsfolgen abgeleitet. Begriffsbildung und Rechtsfolgen sind miteinander verquickt. Die Argumentation artet stets in einen Zirkelschluß aus.

So sagt das BVerwG, daß Art. 12 GG seinem "Wesen" nach nicht für staatlich gebundene Berufe gelte<sup>205)</sup>. Umgekehrt ist das BVerfG der Auffassung, auch staatlich gebundene Berufe unterfallen Art. 12, doch lasse die "Natur der Sache Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33" zu<sup>206)</sup>. Diesen Stellungnahmen hat sich das Schrifttum angeschlossen<sup>207)</sup>.

Dieses Vorgehen ist jedoch methodisch nicht einwandfrei. Rechtsfolgen lassen sich nicht aus selbstverfertigten Begriffen, sondern nur aus Rechtssätzen gewinnen, soll die Argumentation nicht in einer petitio principii enden. Die Geltung oder Nichtgeltung von Art. 12 oder die Möglichkeit von Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 ergeben sich nicht aus der staatlichen Gebundenheit eines Berufes, wie er sie durch die gesetzliche Gestaltung erfahren hat. Denn Art. 12 wie Art. 33 wollen ja als Bindung des Gesetzgebers verstanden werden. Die Auslegung hat umgekehrt zu verfahren und zu prüfen, welche Rechtsfolgen sich aus Art. 12 für die gebundenen Berufe ergeben.

---

205) E 2, 85(86)

206) E 7, 377(398)

207) Etwa Reuß NJW 1955, S.1533; Rinck, Wirtschaftsrecht, S.68; Fuhr, GewO, Einl., D III, S.64; Hamel, S.62; Hamann, GG, Art.12 B2b, S.144; v.Mangoldt-Klein, GG, Art.12 III2c, S.362; Bachof, Freiheit, S.184/85, mit einem Vorbehalt allerdings, S.186; Einzig Rupp NJW 1965, S.993(995); ders. DOV 1963, 678(679); ders. Privateigentum, S.16 FN 27 vertritt eine ausführlich begründete eigene Meinung. Kritisch auch Scheuner DVBl.1958, S.845(847)

Die von der herrschenden Lehre verwendeten "Methoden" enthalten noch einen weiteren Fehler.

Die staatlich gebundenen Berufe werden als eine Art Rechtsbegriff, ohne daß ein solcher freilich genau gebildet und begrifflich umrissen wurde und ohne daß die Quelle seiner normativen Herkunft angegeben wird, betrachtet. Man ging dabei von etwas Vorgefaßtem einfach aus.

Die Darstellung der Versuche einer Begriffsbildung von Schrifttum und Rechtsprechung haben jedoch gezeigt, daß es einen solchen eindeutigen Rechtsbegriff, wie auch den des "freien" Berufs, gar nicht gibt.

Staatlich gebundener Beruf ist ein soziologischer Begriff<sup>208)</sup>; er kennzeichnet einen Sachverhalt, der sich nur beschreiben läßt und dessen ihn konstituierenden Merkmale sich darstellen lassen, aus dem sich jedoch keine normativen, zumindest keine verfassungsnormativen, Wirkungen ableiten lassen<sup>209)</sup>.

Er ist nur deskriptiv faßbar.

So kann es nicht verwundern, daß die bisherigen Versuche einer Begriffsbestimmung der staatlich gebundenen Berufe gescheitert sind. Sie mußten scheitern wegen der Verknüpfung von Begriffsbildung und Rechtsfolgen und der Diskrepanz von Rechtsbegriff und soziologischem Begriff.

---

208) Vgl. BVerfGE 10, 354(364)

209) Ebenso das BVerfG für den Begriff des freien Berufs, E 10, 364

### C. Wesensmerkmale der staatlich gebundenen Berufe

Das Wesen der gebundenen Berufe kann in der Reglementierung durch Auflagen und Bindungen, wie sie in der jeweiligen gesetzlichen Ausgestaltung ihren Niederschlag gefunden hat, gesehen werden<sup>210)</sup>. Die Organisation an sich freier, privater Berufe erfolgte nicht um ihrer selbst willen, sie ist die Folge einer sozialen Umwälzung.

Denn die staatlichen Bindungen sind keine "polizeilich-administrative" Bevormundung<sup>211)</sup> von Inhabern freiberuflicher Stellungen. Sie dienen vielmehr dem legitimen Interesse des Staates, bestimmte Berufe im Gesamtinteresse einer besonderen Kontrolle zu unterwerfen, weil ihre Ausübung ein besonderes Vertrauen der Allgemeinheit voraussetzt<sup>212)</sup>. Leitgedanke einer gesetzlichen Regelung ist dabei, wie Huber<sup>213)</sup> ausgeführt hat, einen Mißbrauch der Berufsfreiheit durch persönlich unzuverlässige und sachlich ungeeignete Berufstätige zu verhindern bzw. zu steuern.

Unter diesem Aspekt gilt es, die Wesensmerkmale der staatlich gebundenen Berufe zu ergründen.

Dabei soll keine Definition versucht werden. Eine solche läßt sich angesichts der verschiedenen Ausprägungen und Ausformungen der Berufe, wie dargelegt, nicht geben. Es kann deshalb nur versucht werden, die den Begriff der staatlich gebundenen Berufe konstituierenden Merkmale aufzufinden.

Unerläßliche Voraussetzung ist die Auferlegung von öffentlich-rechtlichen Berufspflichten<sup>214)</sup>. Diese

---

210) So auch der zutreffende Ansatzpunkt des BVerfG in E 7, 377(398)

211) Huber, Lb.I, S.769

212) Vgl. Huber, Lb.I, S.769

213) a.a.O., S.769

214) Ebenso Werner in DVBl.1955, S.562;  
Huber, Lb.I, S.769

Pflichten lassen den Status eines Berufs als freien oder gewerblichen unberührt<sup>215)</sup>. Sie müssen als sich aus der Natur der beruflichen Tätigkeit ergebende Verpflichtung verstanden werden. Es handelt sich deshalb in der Regel um Tätigkeiten, die der Allgemeinheit dienen und für das Allgemeinwohl notwendig sind. Diese dienenden und sozialen Funktionen geben den gebundenen Berufen ihr besonderes Gepräge.

Notwendiges Korrelat der öffentlich-rechtlichen Berufspflichten ist deshalb eine besondere aus der staatlichen Bindung erwachsende Verantwortung<sup>216)</sup>. Jeder Träger eines staatlich gebundenen Berufes ist dem Staat und der Allgemeinheit gegenüber für eine gewissenhafte Berufserfüllung verantwortlich. Es handelt sich dabei nicht um die allgemeine Verantwortung, die jeden einen Beruf ausübenden Bürger trifft und die sich in der Befolgung der allgemeinen Gesetze erschöpft.

Die Träger gebundener Berufe unterliegen einer gesteigerten Verantwortung, die man als öffentlich-rechtliche Verantwortung bezeichnen könnte<sup>217)</sup>. Sie findet häufig in den berufsregelnden Gesetzen ihren Ausdruck, ohne daß dies jedoch notwendig wäre.

Die Tätigen sind jeweils zu gewissenhafter Berufsausübung verpflichtet<sup>218)</sup>. Neuere Gesetze sprechen auch von unabhängiger, eigenverantwortlicher und verschwiegener Berufsausübung<sup>219)</sup>. Die besondere öffentlich-rechtliche Verantwortung erfaßt nicht nur die reine Berufstätigkeit. Auch außerhalb ihrer

---

215) So auch Bachof, Freiheit, S.186

216) Das stellt schon Triepel fest, S.67

217) Huber, Lb.I, S.768; Hoffmann, ApothekenG, § 1 Rin.83, S.91

218) §§ 43 I2 BRAO, 22 I Steuerberatungsg, 43 I WirtschaftsprüferO, 27 III1 VO über das Schornsteinfegerwesen, 14 II, 13 BNotO

219) §§ 22 I Steuerberatungsg, 43 I WirtschaftsprüferO. Der Steuerberater hat auf berufswidrige Werbung zu verzichten, § 22 I usw.

reinen Berufsausübung haben sich die Träger gebundener Berufe des Vertrauens und der Achtung, die ihr Beruf erfordert, würdig zu erweisen<sup>220)</sup>. Die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Berufspflichten muß im Interesse der Allgemeinheit sichergestellt sein. Damit ergibt sich ein weiteres kennzeichnendes Merkmal: Die Aufsicht über die Einhaltung der Berufspflichten. Sie kann in die Hand staatlicher Behörden gelegt sein oder aber durch Bildung öffentlich-rechtlicher Körperschaften ständischen Berufsvertretungen anvertraut sein. Häufig sind beide Elemente miteinander vermischt. Diese doppelte Berufsbindung findet sich etwa bei den Apothekern, Rechtsanwälten, Notaren, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern.

Huber<sup>221)</sup> spricht anschaulich von staatlich und ständisch gebundenen Berufen.

Häufig steht der staatlichen Aufsicht eine eigene Gerichtsbarkeit, die Disziplinargerichtsbarkeit, zur Seite.

Ein viertes Kriterium ist die Teilhabe am öffentlichen Aufgabenkreis. Der Begriff der öffentlichen Aufgabe ist allerdings wenig prägnant und gerade in letzter Zeit umstritten<sup>222)</sup>. Eine exakte Begriffsbestimmung, das hat die Auseinandersetzung gezeigt, scheint zur Zeit nicht möglich.

Peters umschreibt die öffentlichen Aufgaben als solche, an deren Erfüllung die Öffentlichkeit maßgeblich interessiert ist<sup>223)</sup>. Diese Abgrenzung würde jedoch zu einer wahren Ausuferung des Begriffes führen. Denn auch die Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln, Kleidung, Brennmaterial usw.<sup>224)</sup> steht in deren Interesse und müßte folgerichtig eine öffentliche Aufgabe sein. Der Begriff ist deshalb enger zu fassen.

---

220) So die fast wörtliche Formulierung in §§ 22 II 2 Steuerberatungsg, 43 I 2 BRAO, 43 II WPrO

221) Lb.I, S.769

222) Vgl. Klein DÖV 1965, S.755 ff.; Peters, Aufgaben, S.877 ff.; Zeidler, AÖR 86, S.397 f.; ders. VVDStRL 19, S.208(218); Rupp, Privateigentum, S.19, 27 FN 46; Forsthoff, Der Staat, 5 (1966), S.10, 12. Auf die Problematik kann hier im einzelnen nicht eingegangen werden.

223) a.a.O., S.878

224) Zeidler, AÖR, 86, S.397. Ebenso Rupp NJW 1965, S.995

Öffentliche Aufgaben zeichnen sich dadurch aus, daß ihnen eine besondere Bedeutung für das Allgemeinwohl zukommt<sup>225)</sup>. Die Wahrnehmung der Aufgaben muß, objektiv gesehen, im Gesamtinteresse liegen. Wolff<sup>226)</sup> spricht von "Angelegenheiten der Gemeinwesen und der ihrer Mitglieder als solcher" und drückt damit aus, daß nicht individuelle Aufgaben darunter fallen sollen, sondern ausschließlich überindividuelle, allgemeine. Sie betreffen Gemeinschaftsinteressen und insbesondere ein geordnetes Sozialleben<sup>227)</sup>.

Zusammenfassend können als öffentliche Aufgaben solche bezeichnet werden, deren Erfüllung im Gesamtinteresse liegt und dem Gemeinwohl dient.

Diese vier Merkmale: Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, das Bestehen öffentlich-rechtlicher Berufspflichten, einer öffentlich-rechtlichen Verantwortung und einer besonderen Aufsicht, rechtfertigen es, von einem staatlich gebundenen Beruf zu sprechen, sofern sie in seiner Berufsregelung zusammentreffen.

Mit einer solchen Regelung seiner Rechtsstellung ist der Träger eines gebundenen Berufes tatsächlich "in die Nachbarschaft eines Beamten" gerückt<sup>228)</sup>, ohne daß deswegen Rechtsfolgen daran geknüpft werden könnten<sup>229)</sup>.

---

225) So auch Klein in DÖV 1965, S.755(759), dem aber in seiner weiteren Unterscheidung, öff.Aufgaben werden nicht vom Staat, sondern nur von der Gesellschaft wahrgenommen, nicht gefolgt werden kann. Auch wenn man öffentliche und staatliche Aufgaben streng trennen will, so ist davon auszugehen, daß öff. Aufgaben den Oberbegriff darstellen; staatliche sind nur eine Unterart derselben; so auch Peters, Aufgaben, S.879

226) Lb.I § 2 III, S.11

227) Vgl. Terrahe, Diss., S.35

228) BVerfGE 16, 6(22)

229) So aber das BVerfG, a.a.O.

Auf die Unzulässigkeit dieser Methode wurde oben S.37 hingewiesen.

### III. Eigene Einteilung

Im Vorhergehenden ist der staatlich gebundene Beruf als soziologischer Begriff gekennzeichnet worden.

Im Folgenden sollen die "juristischen" Aspekte erörtert werden. Dabei soll versucht werden, den Begriff des staatlich gebundenen Berufs in Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute des Verwaltungsrechts einzuordnen bzw. damit zu verbinden. Denn erst die Verbindung mit juristischem Begriffsdenken macht den Begriff für die Rechtswelt praktikabel.

#### 1. Staatlich gebundene Berufe auf Grund Beleihung

Der Versuch, staatlich gebundene Berufe in bekannte Institute des Verwaltungsrechts einzuordnen, kann davon ausgehen, daß sich der Staat zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben auch der Hilfe von nicht seiner unmittelbaren Staatsorganisation eingegliederten Rechtssubjekten bedient<sup>230)</sup>. Man spricht dann von mittelbarer Staatsverwaltung. Diese ist nach der Definition von Forsthoff<sup>231)</sup> die "von selbständigen, das heißt rechtsfähigen, Trägern wahrgenommene Verwaltung staatlicher Aufgaben".

Werden Verwaltungsaufgaben auf private Rechtsträger übertragen, so werden diese beleihene Unternehmer<sup>232)</sup>. Diese Übertragung<sup>233)</sup> könnte Anknüpfungspunkt für eine gewisse "Verwandtschaft" zu den gebundenen Berufen sein. Es soll deshalb im Folgenden untersucht werden, ob zwischen den Trägern eines gebundenen Berufs und dem so-

---

230) Bachof, AÖR 83, S.231

231) Lb. § 24 I, S.412

232) Peters, Aufgaben, S.893; Terrahe, Diss., S.6

233) Die Möglichkeit einer Delegation von "ihrer Substanz nach dem Staat zukommenen Rechten" war schon Jellinek, System, S.253, 255 bekannt.

genannten beliehenen Unternehmer Gemeinsamkeiten bestehen und bejahendenfalls, worin diese bestehen<sup>234)</sup>.

Es gilt zuvor, Klarheit über den Begriff des beliehenen Unternehmers zu gewinnen.

Privatpersonen, denen hoheitliche Befugnisse zur Ausübung im eigenen Namen übertragen sind, werden im Schrifttum, mit Unterschieden in der Terminologie, aber doch sachlich übereinstimmend, "Beliehene" genannt. Wolff<sup>235)</sup> faßt darunter "beliehene Unternehmer", "beliehene Verbände"<sup>236)</sup> und die "gesetzliche Indiensteinahme Privater"<sup>237)</sup> für Verwaltungsaufgaben" zusammen.

Eine gesetzliche Regelung dieses Begriffs findet sich nicht. Er mußte deshalb von der Wissenschaft hergebildet werden.

In Anlehnung an Wolff<sup>238)</sup> werden die Beliehenen deshalb als natürliche oder juristische Personen des Privatrechts bezeichnet, denen durch Rechtsakt oder Staatsakt hoheitliche Kompetenzen zur Ausübung im eigenen Namen übertragen sind.

Diesem Rechtsinstitut kommt eine große Bedeutung zu, wie einige Beispiele verdeutlichen mögen: die rechtsfähigen Feuerbestattungsvereine<sup>239)</sup>, die Jagdaufseher<sup>240)</sup>, die Bezirksschornsteinfegermeister<sup>241)</sup>, die Schiffskapitäne und Flugkapitäne<sup>242)</sup>, die technischen Überwachungsvereine<sup>243)</sup>, die Fleischbeschauer<sup>244)</sup> und die Notare<sup>245)246)</sup>.

---

234) Anklänge in dieser Hinsicht, ohne weitere Vertiefung freilich, finden sich auch in einer E des BVerfG: 17, 371(380)

235) Lb.II § 104 Ib, S.305

236) Huber, Lb. I, S.533

237) Ipsen, S.141

238) a.a.O., S.304/305

239) § 8 III Feuerbestattungsg v. 15.5.34, RGBl.I, S.380; Wolff, Lb.II, § 104 I, S.304

240) § 25 II BJagdG i.d.F.v. 30.3.61, BGBl.I, S.304

241) §§ 27 II, 33 I VO über das Schornsteinfegerwesen i.d.F.v. 12.11.64. BGBl. I, S.874

242) 106 III Seemannsg v. 26.7.57. BGBl.II, S.711; 29 LuftVG v. 10.1.59, BGBl. I, S.9

243) § 24 III GewO i.V.m. VO über die technische Überwachung der Dampfkessel v.19.3.38. RGBl.I, S.297; allerdings strittig, vgl. zum Meinungsstreit Rupp, Privateigentum, S.18 m.w.N.

244) § 4 FleischschauG v.19.10.40. RGBl.I, S.1463

245) §§ 1,20 BNotO; dazu auch Kruse, Diss., S.52

Schon bei dieser keineswegs vollständigen Aufzählung fällt die Übereinstimmung mit einigen staatlich gebundenen Berufen auf. So wurden Fleischbeschauer, Bezirkskesshornsteinfegermeister und Notare bereits als staatlich gebundene Berufe erwähnt. Das wird auch allseits anerkannt.<sup>247)</sup>

Angesichts dieser Übereinstimmungen besteht eine starke Vermutung dafür, daß mindestens die Träger einiger gebundener Berufe auch beliehene Unternehmer sind.

Die staatlichen Bindungen sind ihnen häufig gerade wegen der für ihre Berufsausübung notwendigen Delegation von Hoheitsbefugnissen auferlegt worden. Es stellt sich dann sofort die Frage nach einer Abgrenzung; denn nicht jeder Träger eines staatlich gebundenen Berufs ist auch gleichzeitig beliehener Unternehmer, wie die Beispiele des Apothekers, Steuerberaters und der Hebamme zeigen.

- 
- 246) Vgl. zu den einzelnen Beispielen auch noch Huber, Lb.I, S.533 ff.; ders. DVBl.1952, S.456; Merk, Lb., S.743 ff.
- 247) Für die Fleischbeschauer: Bachof, Freiheit, S.185; VGH Bebenhausen, VerwRspr.9, 166(169); Hess.VGH ESVGH 2, 42(43/44); Merk, Lb., S.766 FN 52; der Sache nach auch BGH in DVBl.1957, S.348 und Werner, Anmerkung hierzu.  
Schornsteinfeger: BVerwGE 6, 72(74); Rinck, Wirtschaftsrecht, S.68; Badura, Verwaltungsmonopol, S.254; Bachof, Freiheit, S.185; Merk, Lb., S.767.  
Notar: Rinck, Wirtschaftsrecht, S.68; BVerfGE 17, 371(379/380); Huber, Lb.I, S.768/69. Irrig Kruse, Diss., S.56, wenn er den Notar zwar als beliebenden Unternehmer, nicht aber als staatlich gebundenen Beruf qualifiziert, weil die Träger von staatlich gebundenen Berufen keine hoheitlichen Befugnisse wahrnehmen könnten, was beim Notar der Fall sei. Bei dieser Argumentation übersieht Kruse, daß die Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse gerade Grund der staatlichen Bindungen ist. Das ist anerkannt, statt aller BVerfGE 17, 371(379/80).  
A.A. allerdings Römer, S.36, 42. Darauf wird noch einzugehen sein.

Huber ist allerdings der Auffassung<sup>248)</sup>, daß auch die Aufgaben schlichter Hoheitsverwaltung in der Regel Rechtssubjekten des öffentlichen Rechts zustehen, so daß auch für diese Aufgaben eine Delegation notwendig sei.

Die Tätigkeit der Hebammen fällt unter die Gesundheitsfürsorge- und -vorsorge, kurz unter die öffentliche Gesundheitspflege<sup>249)</sup>. Es handelt sich also um schlichte Hoheitsverwaltung. Nach Huber bedürften die Hebammen für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben einer Delegation, zudem auf gesetzlicher Grundlage<sup>250)</sup>. Das würde zu einer beinahe völligen Gleichsetzung des beliebigen Unternehmers mit den staatlich gebundenen Berufen führen<sup>251)</sup>.

Dieser "Schluß" bedarf jedoch einer genauen Prüfung. Es bedarf deshalb eines näheren Eingehens auf das Rechtsinstitut des beliebigen Unternehmers.

#### a) Die Theorie der Beleihung

Die Theorie der Beleihung ist uneinheitlich. Immerhin lassen sich trotz Differenzierungen in manchen Einzelheiten zwei Grundansichten darstellen<sup>252)</sup>.

Nach der einen Auffassung ist beliebiger Unternehmer ein Privatrechtssubjekt, "dem bestimmte Aufgaben und Befugnisse der öffentlichen Verwaltung im Wege der Delegation zugewiesen sind"<sup>253)</sup>, das also Tätigkeiten ausübt, die sich sachlich als Funktion des Staates

---

248) Lb.I, S.533

249) So BVerwGE 9, 334(338)

250) Huber, Lb.I, S.537; Merk, Lb., S.741; Badura, Verwaltungsmonopol, S.252; Wolff, Lb.II, § 104 II, S.306

251) Dies ist offensichtlich bei Badura geschehen, a.a.O., S.249, 253

252) Vgl. Vogel, S.60. Auf die Lehrmeinung Otto Mayers, wonach der Beliehene ein "Stück öffentlicher Verwaltung eigenen Namens ausübt und zu eigenem Recht" (Lb.II, S.243), soll hier nicht eingegangen werden. Vgl. die gründliche Widerlegung Vogels, S.48 ff. Auch Kaufmann, S.710/11.

253) Huber, Lb.I, S.533

dargestellten (nach Vogel Aufgabentheorie genannt<sup>254</sup>),<sup>255</sup>).

Nach dieser Auffassung können die delegierten Verwaltungskompetenzen sowohl "sachlich-verwaltende Tätigkeit"<sup>256</sup> wie auch hoheitliche Zwangs- und Entscheidungsbefugnisse umfassen. Sie alle sind dem Staat vorbehalten. Privatleute bedürfen zur Ausübung ausdrücklicher Verleihung.

Die andere Meinung geht von einem engeren Begriff des beliehenen Unternehmers aus; demzufolge macht nur der Besitz echter hoheitlicher Befugnisse zum beliehenen Unternehmer (von Vogel Rechtsstellungstheorie genannt)<sup>257</sup>).

Die Abweichung der beiden Lehrmeinungen bezieht sich im wesentlichen auf die Qualität der wahrzunehmenden Aufgaben. Der Unterschied läßt sich auf die Grundfrage zurückführen, wann eigentlich eine Aufgabe Tätigkeit der Verwaltung und als solche verleihbar ist<sup>258</sup>).

254) a.a.O., S.60

255) So Huber, a.a.O., S.533 f.; ders. DVBl.1952, S.456; v.Turegg-Kraus, Lb., S.95; Stern AÖR 84, S.173; Pachhof, AÖR 83, S.232; Badura, Verwaltungsmonopol, S.249; Bender, Lb., S.70 FN 27; Merk, Lb., S.739; Terrahe, Diss., S.83; BVerfGE 12, 206(246)

256) Huber, a.a.O., S.539

257) Vogel, S.60, 80. Seine Weiterentwicklung dieser Theorie betrifft einen Spezialfall und kann hier unberücksichtigt bleiben. Herrnritt, S.242; Salzwedel, Grenzen, S.40; auch Jellinek, Lb., S.507, 509, der trotz anderen Ausgangspunkts stets prüft, ob auch hoheitliche Befugnisse übertragen sind; wohl auch Rupp, Privateigentum, S.18, 27; Oberwieser, S.61; Unklar und widersprüchlich Wolff, Lb. II § 104 I, S.304/305 und I § 4 III, S.27, der einerseits von hoheitlichen Kompetenzen (S.305) spricht, andererseits als Gegenstand der Beleihung auch schlicht-hoheitliche Zuständigkeiten (S.306) genügen läßt. Widerspruchsvoll auch Badura, Verwaltungsmonopol, S.249 einerseits, S.251, 253 FN 66 andererseits.

258) So auch der Ausgangspunkt bei Vogel, S.61

Der Aufgabentheorie liegt dabei die Vorstellung zugrunde, daß gewisse Tätigkeiten ihrer Bedeutung für die Allgemeinheit wegen dem Staat ihrer Natur nach vorbehalten und zugewiesen sind<sup>259)</sup>. Diese Tätigkeiten können sowohl hoheitlicher wie schlicht-hoheitlicher<sup>260)</sup> Art sein<sup>261)</sup>. Aus dem "materiellen" Vorbehalt des Staates wird sodann die Notwendigkeit einer Verleihung für alle Tätigkeiten gefordert.

Die dem Beliebenen zugewiesenen Funktionen sollen dabei "der Substanz nach" staatlich bleiben; sie stehen ihm nur "zur Ausübung" zu<sup>262)</sup>.

Die These von der Existenz besonderer, dem Staat vorbehaltenen Aufgabengebiete bedarf jedoch genauer Überprüfung, soweit sie schlicht-hoheitliche Aufgaben betrifft.

Zu den natürlichen Aufgaben des Staates (vgl. § 96 I BSHG) gehört die Fürsorge für Arme und Hilfsbedürftige (nach heutiger Auffassung Sozialhilfe als Hilfe in besonderen Lebenslagen, § 4 I BSHG). Diese sind gleichzeitig ein ureigenes Betätigungsfeld der Kirchen und privater Wohlfahrtseinrichtungen<sup>263)</sup>. Allerdings trägt

---

259) Vgl. Vogel, S.61 m.w.N.

260) Huber, Lb.I, S.539

261) Zu dem Unterschied vgl. G.Jellinek, Gesetz, S.385; W.Jellinek, Lb., S.21 ff.; Wolff, Lb.I § 23 III, S.94; Forsthoff, Lb.Vorb. § 29, S.320

262) Huber, Lb.I, S.535

263) Dagegen hat Forsthoff, Strukturwandlungen, S.21 f. ernste Bedenken, weil dadurch "öffentliche" Funktionen aus dem "staatlichen Funktionsbereich" ausgesondert und insoweit demokratischer Kontrolle entzogen würden. Verbände der freien Wohlfahrtspflege träten an die Stelle öffentlicher Behörden, S.22, und der einzelne würde so auf die Hilfeleistung dieser Verbände verwiesen.

Bei seiner Kritik übersieht Forsthoff jedoch, daß die privaten Verbände nicht im Rechtssinne an die Stelle der öffentlichen Behörden treten, sondern nur neben diese. Denn auch bei einer Übertragung von Aufgaben der Sozialhilfe bleiben die Träger der Sozialhilfe, das sind die Kreise und kreisfreien Städte, den Hilfesuchenden gegenüber verantwortlich, § 10 V 2 BSHG

der Staat die letzte Verantwortung (§ 10 V2 BSHG). Versagt die private Unterstützung, so hat der Staat wieder einzutreten und doch seine Hilfe zur Verfügung zu stellen.

Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß Private Sozialhilfe nur nach staatlicher Beleihung leisten dürfen. Der "Schluß von der staatlichen Verantwortung auf das staatliche Monopol wirkt nicht überzeugend"<sup>264)</sup>. Es ließen sich noch zahlreiche andere Beispiele anführen<sup>265)</sup>.

Die Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten wie z.B. Fürsorge, Versorgungsindustrie, kurz aller Tätigkeiten, die im allgemeinen zum Sammelbegriff der Daseinsvorsorge<sup>266)</sup> zu zählen sind, spielt im Sozialleben eine große Rolle, ohne daß deswegen Privaten zu diesem Zweck besondere Befugnisse eingeräumt werden müßten<sup>267)</sup>. Denn der Staat hat kein allgemeines Monopol, gemeinnützige Ziele wahrzunehmen<sup>268)</sup>. Die Erfüllung von Aufgaben der schlichten Hoheitsverwaltung bedarf demnach keiner Beleihung.

Auf der anderen Seite kann nicht geleugnet werden, daß es spezifische, staatliche Tätigkeiten gibt, deren Ausübung der Staat sich vorbehalten hat. Die Wahrnehmung solcher Tätigkeiten durch Private setzt ein von der Rechtsordnung ausdrücklich verliehenes "rechtliches Können" voraus<sup>269)</sup>.

Diese Tätigkeiten sind durch drei Merkmale gekennzeichnet<sup>270)</sup>.

---

264) Vogel, S.62. Die Darstellung folgt hier weitgehend Vogel.

265) Vgl. etwa Vogel, S.62

266) Zu diesem Begriff von Forsthoff vgl. sein Lehrbuch, Vorb. vor § 19, S.321 ff.

267) Wolff, Lb.I § 2 IIb, S.11; Terrahe, Diss., S.36

268) Vogel, S.63. Vgl. auch die weitere Begründung von Vogel, S.64-77

269) G.Jellinek, System, S.45 ff., 47

270) So Vogel, S.80

1. sie muß rechtsgestaltende Wirkung haben<sup>271)</sup>,
2. sie darf allein dem Staat möglich sein,
3. die Befugnis zu jenem Tun muß dem öffentlichen Recht angehören.

Ausschließlich dem Staat vorbehalten sind demnach nur "jene Maßnahmen, die kraft öffentlichen Rechts Rechtsverhältnisse einseitig zu gestalten vermögen"<sup>272)</sup>.

Dies wird als hoheitlich-obrigkeitliches Handeln bezeichnet. Nur hoheitliche (obrigkeitliche) Tätigkeiten sind also, wenn sie dem öffentlichen Recht angehören, dem Staat vorbehalten. Nur für diese ist demgemäß eine Beleihung notwendig. Ihre Delegation macht zum beliebigen Unternehmer.

Das wird auch durch folgende Überlegung erhärtet.

Nicht jedem Subjekt steht die Ausübung hoheitlicher Gewalt zu. Über diese Berechtigung verfügt nur, wer eigene öffentlich-rechtliche Kompetenzen hat, oder wem die Zuständigkeit<sup>273)</sup> eingeräumt ist, öffentlich-rechtliche Kompetenzen wahrzunehmen. Unter Kompetenz ist "der Gegenstand der Wahrnehmungs-Verpflichtungen und -berechtigungen"<sup>274)</sup> (also das wahrzunehmende Geschäft) zu verstehen. Von der Kompetenz sind die öffentlichen Angelegenheiten zu unterscheiden, mögen diese sachlich auch in einem gewissen Zusammenhang stehen<sup>275)</sup>. Öffentliche Angelegenheiten sind mit Gemeinschaftsinteressen identisch<sup>276)</sup>. Sie lassen sich mit dem Begriff der Daseinsvorsorge wie Lebensmittelversorgung, Schaffung von öffentlichen Verkehrsmitteln usw. umschreiben. Für die öffentlichen Ange-

---

271) Befehl und Zwang haben immer rechtsgestaltende Wirkung. Der Staat kann jedoch auch durch Rechtsverleihungen oder Genehmigungen auf die Rechtsverhältnisse seiner Bürger einwirken, indem er Rechtsverhältnisse begründet, ändert oder aufhebt, vgl. Vogel, S.80. Das ist gemeint, wenn von der rechtsgestaltenden Tätigkeit des Staates gesprochen wird. Rechtsgestaltung ist als Oberbegriff von Befehl und Zwang gemeint. Ein Beispiel ist die vollstreckbare Urkunde des Notars.

272) Vogel, S.80

273) Wolff, Lb.II § 72 Ib1, S.10

274) Wolff, Lb.II § 72 IIa, S.12

275) Terrahe, Diss., S.54

276) Vgl. Wolff, Lb.I § 2 IIb, S.11

legenheiten besteht keine konkrete Berechtigung und Verpflichtung (= Kompetenz) eines Gemeinwesens. Derartige Aufgaben werden außerhalb einer Kompetenz öffentlich-rechtlicher Verbände erfüllt<sup>277)</sup>. Denn nicht jede Besorgung öffentlicher Angelegenheiten bedeutet die Wahrnehmung staatlicher Kompetenzen. Das hat Folgen für die Delegation von Kompetenzen. Denn das delegierende Subjekt kann nur solche Kompetenzen übertragen, über die es selbst verfügt.

Die Beleihung mit einer staatlichen Kompetenz als einer Wahrnehmungs-Berechtigung und -Verpflichtung kann aber wegen der Berechtigung und Verpflichtung nicht abstrakt sein. Eine Kompetenz ist notwendigerweise konkret bezogen auf das Subjekt, den Träger, wie auf das Objekt, das wahrzunehmenle Geschäft. Das möge ein Beispiel verdeutlichen: Nach dem Gesetz über die Regelung der Kohlenwirtschaft<sup>278)</sup> und den dazu ergangenen Ausführungsbestimmungen<sup>279)</sup> (vgl. § 72) war der Absatz von Kohle Kohlensyndikaten übertragen. Die Kohlensyndikate waren in der Rechtsform privatrechtlicher Gesellschaften errichtet<sup>280)</sup>.

Huber<sup>281)</sup> will diese Syndikate dessenungeachtet als öffentlich-rechtliche Körperschaften "kraft Wesens" ansehen<sup>282)</sup>. Wer diese Rechtsansicht nicht teile, müsse sie als beliebene Unternehmer betrachten<sup>283)</sup>. Beides kann in dieser Form nicht zutreffend sein.

Ob überhaupt für öffentlich-rechtliche Körperschaften "kraft Wesens" Raum ist, wenn einem Verband kraft ausdrücklicher gesetzlicher Erklärung<sup>284)</sup> eine privatrechtliche Stellung zugelegt ist, bleibe hier dahingestellt.

---

277) Ebenso Terrahe, Diss., S.36

278) V. 23.3.1919, RGBl.I, S.342

279) V. 12.8.1919, RGBl.I, S.1449

280) §§ 8, 9 der Ausführungsbestimmungen

281) Lb.I, S.107, 559

282) S.106

283) S.559

284) So für die Syndikate §§ 8, 9 der Ausführungsbestimmungen

Die Syndikate nehmen öffentliche Aufgaben wahr. Das bedarf keiner Erklärung. Deshalb sind sie jedoch noch keine beliebigen Unternehmer. Die Beleihung müßte sich auf eine konkrete Berechtigung beziehen. Die Erledigung bloßer öffentlicher Aufgaben ist aber noch nicht Wahrnehmung staatlicher Kompetenzen. Der Staat verfügt auch gar nicht über die Kompetenz, "Brennstoffe zu veräußern"<sup>285)</sup>. Die Kohlensyndikate sind also nicht beliebige Unternehmer, weil ihnen ein gesetzlich begründetes Kohlenverkaufsrecht zusteht<sup>286)</sup> oder weil die Aufgaben der Koordination, Vermittlung und Beratung eine "echte und wichtige Funktion der Verwaltung"<sup>287)</sup> darstellen.

Aus einem anderen Grunde ist Hubers Auffassung dennoch zutreffend. Gemäß § 69 der Ausführungsbestimmungen nehmen die Kohlensyndikate an der Leitung der Brennstoffwirtschaft unter Aufsicht des Reichskohlenrates und Oberaufsicht des Reiches (§ 47) teil. Sie überwachen die Durchführung von Richtlinien, Anordnungen und Entschlüssen des Reichskohlenrates und des Reichskohlenverbandes. Gemäß § 71 setzen die Syndikate die Selbstverbrauchs- und Verkaufsanteile ihrer Mitglieder fest. Damit greifen sie verbindlich in die Unternehmensführung der Mitglieder ein.

Die Kohlensyndikate "verwalten" also mit echten Zwangsbefugnissen. Sie werden "rechtsgestaltend" tätig. Sie werden deshalb auch hoheitlich tätig, dies geschieht auch in Wahrnehmung einer konkreten staatlichen Kompetenz.

Deshalb sind die Kohlensyndikate im Ergebnis doch beliebige Unternehmer.

Es steht damit fest, daß staatliche Kompetenzen jeweils einen konkreten Bezug verlangen und nicht die Wahrnehmung jeder öffentlichen Angelegenheit umfassen.

---

285) § 72 der Ausführungsbestimmungen

286) So Huber, Lb.I, S.559

287) Huber, a.a.O., S.339

Zusammenfassend kann danach gesagt werden, daß die Wahrnehmung einer Staatskompetenz durch einen beliehenen Unternehmer zweierlei impliziert: Das Subjekt ist ein Hoheitsträger; die von ihm wahrgenommene Kompetenz beinhaltet nur hoheitliche Befugnisse. Denn nur in dem Bereich der hoheitlichen Staatstätigkeit, die als einzige dem Privaten a priori verschlossen ist, bedarf es einer Delegation. Diese Tätigkeit<sup>288)</sup> ist das ureigene Betätigungsfeld des Staates. In ihrem Bereich ist ein privates Tätigwerden unmöglich. Hier bedarf es deshalb einer Verleihung "rechtlichen Könens"<sup>289)</sup>.

Die Wahrnehmung bloßer öffentlicher Aufgaben setzt keine Beleihung voraus. Zwar kann auch hier der Staat Einfluß nehmen, indem er derartige Tätigkeiten erlaubnispflichtig macht; der Träger solcher Aufgaben wird aber nicht beliehener Unternehmer.

Beliehener Unternehmer ist also, wem vom Staat echte Hoheitsbefugnisse i.S. von rechtsgestaltender Tätigkeit verliehen sind<sup>290)</sup>.

Die Beleihung bedarf gesetzlicher Grundlage<sup>291)</sup> und ist nach Maßgabe der Delegation begrenzt<sup>292)</sup>.

b) Träger staatlich gebundener Berufe als Beliehene

Mit der Ablehnung der Aufgabentheorie steht fest, daß die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben schlicht-hoheitlicher Art keiner Beleihung (wohl aber eventuell einer Erlaubnis!) bedarf. Die Träger staatlich gebundener Be-

---

288) Von G.Jellinek, Gesetz, S.385 "Geltendmachung des staatlichen Imperiums" genannt.

289) G.Jellinek, System, S.45 ff., 110; Vogel, S.81

290) Zu den grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken, die Rupp, Privateigentum, S.23-29 und passim, und Reuß, Organisation, S.128; iers. DVBl. 1953, S.684 f., äußern, kann hier nicht Stellung genommen werden. Vgl. die entgegengesetzte Auffassung von Huber, Lb.I, S.540, 543/44; Wolff, Lb.II § 104 Ib, S.305; Badura, Verwaltungsmonopol, S.251

291) Wolff, a.a.O., S.306; Badura, a.a.O., S.252; Huber, S.537

292) Huber, a.a.O., S.534

rufe, die derartige Aufgaben erfüllen, sind keine beliebigen Unternehmer. Von einer völligen Gleichstellung des beliebigen Unternehmers mit den staatlich gebundenen Berufen kann nicht gesprochen werden<sup>293)</sup>.

Nur soweit Berufe in ihrer soziologischen Erscheinungsform als staatlich gebundene ausgebildet sind und ihren Trägern echte Hoheitsbefugnisse im Sinne einer rechtsgestaltenden Tätigkeit verliehen sind, läßt sich sagen, daß ihre Träger auch beliebige Unternehmer sind. Diese Berufe können als staatlich gebundene Berufe auf Grund Beleihung bezeichnet werden.

Damit ist der nur soziologische Begriff des staatlich gebundenen Berufs, der einer Abgrenzung und Systematisierung kaum zugänglich ist, für einige Fälle in einem klaren und eindeutigen Rechtsbegriff zusammengefaßt. Den Trägern staatlich gebundener Berufe sind jedoch nur zum geringsten Teil echte Hoheitsbefugnisse verliehen worden.

Staatlich gebundene Berufe auf Grund Beleihung sind nach geltendem Recht eigentlich nur der Notar<sup>294)</sup> und der Bezirksschornsteinfegermeister<sup>295)</sup>; ob der Bezirksnotar nach bad.-Württ. Recht<sup>296)</sup> oder der Gerichts-

---

293) So aber Badura, Verwaltungsmonopol, S.253

294) Ihm ist die "Urkundshoheit" verliehen, § 20 I BNoto, § 794 I Ziff.5 ZPO. Die öffentliche Beurkundung kann nur auf der Grundlage einer hoheitsrechtlichen Beurkundungsbefugnis ausgeübt werden; ohne diese könnten keine Rechtswirkungen eintreten, Römer, S.15. Das gilt auch in besonderem Maße für die Aufnahme vollstreckbarer Urkunden. "Diese Tätigkeit kann ohne aus der staatlichen Zwangsgewalt abgeleitete hoheitsrechtliche Befugnis" nicht gedacht werden, wie Römer, S.15, wohl überspitzt formuliert. Die Tätigkeit des Notars ist hoheitsrechtlich wegen ihrer rechtsgestaltenden Wirkung, z.B. § 313 S.1 BGB. Vgl. auch Kruse, Diss., S.15-36 m.w.N. Kruse ist allerdings anderer Auffassung, S.21,26. Wie hier Römer, S.13 ff.

295) §§ 7, 27 I2 VO über das Schornsteinfegerwesen. Ebenso Moelle, Komm., § 27 Anm.I,II, S.113, der die Tätigkeit des Bezirksschornsteinfegers sogar als Ausübung öffentlicher Gewalt i.S. Art.55 I des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v.25.3.57, BGBl.II, S.753 ansieht. Ebenso Fuhr, GewO, § 39 Anm.4a, Eyermann-Fröhler, GewO, § 39 Rdn.11

vollzieher<sup>297)</sup> dazuzurechnen sind, soll hier offenbleiben. Damit ist die Aufzählung - soweit ersichtlich - erschöpft. Das mindert jedoch nicht die Brauchbarkeit der gefundenen Abgrenzung, wie sich bei der Erörterung der verfassungsrechtlichen Problematik erweisen wird. Es gilt nunmehr im folgenden, auch die übrigen staatlich gebundenen Berufe in juristische Begriffe einzuordnen.

## 2. Staatlich gebundene Berufe mit Erlaubnis

Ausgangspunkt für eine derartige Einordnung könnte die beinahe einheitliche Regelung sein, die der Gesetzgeber für die Zulassung der übrigen staatlich gebundenen Berufe getroffen hat.

Gemäß § 1 II ApothekenG<sup>298)</sup> bedarf, wer eine Apotheke betreiben will, einer Erlaubnis, die nach § 2 nur versagt werden darf, wenn die dort enumerativ bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Diese Voraussetzungen betreffen im wesentlichen die persönliche und sachliche Zuverlässigkeit des Apothekers.

In gleicher Weise wird die Zulassung des Rechtsanwalts geregelt<sup>299)</sup>. Allerdings wird nicht von einer Erlaubnis gesprochen, sondern von der Zulassung (§ 4), die grundsätzlich zu erteilen ist, wenn nicht ein in § 7 genannter Hinderungsgrund vorliegt.

---

296) Vgl. Art. 10, 95 ff. württ. AG zum BGB v. 29.12.1939, RegBl., S. 545. Nach Art. 11 I werden Bezirksnotariate mit Beamten besetzt, die nach Art. 95 II bei ihrer amtlichen Tätigkeit - auch bei Pflichtverletzungen - dem Beamtenrecht unterliegen. Er ist Gebührenbeamten, Art. 96. Der Bezirksnotar nimmt also eine eigenartige Zwitterstellung ein.

297) Vgl. § 1 GerichtsvollzieherO i. d. seit dem 1.7.1958 für Hessen geltenden Fassung: "Der Gerichtsvollzieher ist Beamter i. S. des Beamtenrechts. Er erhält neben seinen Dienstbezügen nach Besoldungsrecht einen Anteil (§ 10 der VO) an den gemäß §§ 1 ff. G über Kosten der Gerichtsvollzieher v. 26.7.1957, BGBl. I, S. 887 i. d. F. v. 30.6.1961, BGBl. I, S. 815 für seine Tätigkeit erhobenen Gebühren.

298) G über das Apothekenwesen v. 20.8.60, BGBl. I, S. 697

299) §§ 4, 7 BRAO v. 1.8.59, BGBl. I, S. 565

Rechtsberater bedürfen nach § 1 des Gesetzes zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung<sup>300)</sup> der Erlaubnis, die aber bei fehlender Zuverlässigkeit, persönlicher Eignung und mangelnder Sachkunde (§ 1 II) versagt werden darf.

Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Helfer in Steuersachen werden öffentlich bestellt<sup>301)</sup>; die Bestellung setzt zwar grundsätzlich den Nachweis der persönlichen und sachlichen Eignung im Zulassungs- und Prüfungsverfahren voraus; sie ist aber bei Fehlen von Versagungsgründen zu erteilen.

In gleicher Weise spricht die VO über den Geschäftsbetrieb der gewerblichen Pfandleiher<sup>302)</sup> in § 1 von einer Erlaubnis, setzt § 6 Hebammengesetz<sup>303)</sup> die Anerkennung als Hebamme voraus, die nur aus den in § 7 aufgezählten Minderungsgründen versagt werden darf<sup>304)</sup>.

In der Terminologie nicht einheitlich, die Gesetze sprechen von Erlaubnis, Zulassung, Bestellung oder Anerkennung, aber sachlich übereinstimmend liegt den beschriebenen Regelungen das Bemühen einer "präventiven Kontrolle des Soziallebens"<sup>305)</sup> zugrunde. An den Beginn einer Tätigkeit wird das Erfordernis einer Prüfung seitens der Verwaltung gestellt<sup>306)</sup>.

---

300) V. 13.12.35. RGBl.I, S.1478

301) § 1 I G über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer v.24.7.61; BGBl.I, S.1049; G über die Rechtsverhältnisse der Steuerberater und Steuerbevollmächtigter v.16.8.61, RGBl.I, S.1301

302) V.1.2.61, BGBl.I, S.58

303) V.21.12.38, RGBl.I, S.1898, BGBl.III 2124-1

304) Die nach § 10 I erforderliche Niederlassungserlaubnis soll wegen der verfassungsrechtlichen Problematik außer Betracht bleiben. Die Verfassungsmäßigkeit wird vom BVerfGE 9, 338(348) bejaht, von Uber, S.185; Welsch, Diss., S.157; Scheuer, S.117 mit einleuchtenden Gründen verneint.

305) Wolff, Lb.I, S.281

306) Otto Mayer, Lb. S.240 (Bd I)

Motiv der Genehmigungspflicht ist die Anteilnahme der Öffentlichkeit und die soziale Bedeutung, die den Berufen dieser Art über ihre privatrechtliche Bedeutung hinaus zukommt. Kontrolle und Überwachung der Berufe werden im Interesse der sozialen Wohlfahrt und der Förderung des Gemeinwesens begründet. Das ist der Gesichtspunkt, unter dem der Staat die Aufnahme des Berufes von einer besonderen Zulassung abhängig macht.

Man kann diese Zulassung unter den Oberbegriff der Erlaubnis bringen.

Nach früherer Meinung hatte derjenige, dem eine Erlaubnis erteilt worden war, kein subjektives Recht auf Ausübung der erlaubten Tätigkeit<sup>307)</sup>.

Die Erlaubnis hob nur ein Verbot auf und bedeutete so Wiederherstellung der ursprünglichen Freiheit. Diese Unterscheidung geht auf Georg Jellinek<sup>308)</sup> zurück, der zwischen Erlaubnissen, die ein Dürfen und Konzessionen, die ein rechtliches Können gewährleisten, differenzierte. Diese Unterscheidung kann jedoch heute keine Geltung mehr besitzen.

Die Erlaubnis ist heute anders struktuiert. Verfassungsnormen wie Art.2 I und Art.12 GG, die nicht nur die allgemeine Handlungs- oder Berufsfreiheit, sondern auch die Ausübung der in diesen Grundrechten enthaltenen Befugnisse gewährleisten, geben dem Grundrechtsträger notwendigerweise einen Rechtsanspruch auf die Erlaubnis, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen des objektiven Rechts vorliegen<sup>309)</sup>. Ein Erlaubnisvorbehalt entspricht den Grundrechten deshalb nur dann, wenn er das aus dem Grundrecht fließende materielle Recht unberührt läßt.

Die gesetzliche Verpflichtung, eine Erlaubnis einzuholen, besagt deshalb nur, "daß mit der Rechtsausübung erst begonnen werden darf, wenn die Gesetz-

---

307) Vgl. Otto Mayer, I.b.I, S.244

308) System, S.47, 111 f.

309) Vgl. BVerfG, in NJW 1966, S.1651

mäßigkeit des Vorhabens in einem geordneten Verfahren geprüft und festgestellt ist"<sup>310)</sup>, nicht jedoch, daß die erlaubnispflichtige Tätigkeit als solche verboten ist.

Verbote mit Erlaubnisvorbehalt, die eine Tätigkeit erst gestatten, sind nicht mehr zulässig.

Eine - heutigen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende - Erlaubnis, "Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt", ist rechtstechnisch nichts anderes als die Anordnung eines präventiven und formellen Prüfungsverfahrens, das in seinen Voraussetzungen den Grundsätzen rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns und besonders dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entsprechen muß<sup>311)</sup>.

Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen des objektiven Rechts vor, so hat der Grundrechtsträger deshalb einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis<sup>312)</sup>. Das soll hier nicht vertieft werden<sup>313)</sup>. Der Begriff der Erlaubnis ist auch so klar genug zur Kennzeichnung der hier gemeinten Berufszulassungsregelungen.

Eine derartige Erlaubnis, die jeder Träger eines staatlich gebundenen Berufs zur Aufnahme seiner Tätigkeit bedarf, kann somit als weiteres juristisches Kriterium der noch verbleibenden gebundenen Berufe angenommen werden.

So kann von diesen Berufen als staatlich gebundenen Berufen mit E r l a u b n i s gesprochen werden. Diese gebundenen Berufe bieten keine herausragende Besonderheit. Gerade dieser Umstand, der Mangel jedes Außergewöhnlichen, ist bisher jedoch zu wenig beachtet worden und hat besonders bei der verfassungsrechtlichen Betrachtung zu manchen Fehlschlüssen geführt.

---

310) BVerfG, a.a.O.

311) Vgl. BVerfG, a.a.O., S.1651/1652

312) Vogel, S.93; v.Turegg-Kraus, Lb., S.485;  
Huber, Lb., S.692; BVerfG NJW 1966, S.1651

313) Vgl. Wolff, Lb.I, S.281 f.; Vogel, S.90, m.w.N.

Wenn oben festgestellt wurde, daß mit der Erlaubnis ein subjektiv-öffentliches (Betriebs)Recht erlangt wird, so bedeutet dies doch einen wesentlichen Unterschied gegenüber den staatlich gebundenen Berufen auf Grund Beleihung. Denn dieses Recht beinhaltet nicht die Befugnis zur Wahrnehmung staatlicher Kompetenzen. Über eine solche Kompetenz verfügt der Staat gar nicht. Er ist nicht Subjekt einer Kompetenz zum Betrieb von Apotheken, der Ausübung des Hebammen- oder Wirtschaftsprüferberufs.

Die Erlaubnis verleiht lediglich die Befugnis zur Verfolgung von Interessen der eigenen Rechtssphäre. So gesehen besteht zwischen den staatlich gebundenen Berufen mit Beleihung und mit Erlaubnis ein bedeutsamer Unterschied.

Gegenüber dem Begriff des staatlich gebundenen Berufs mit Erlaubnis könnte eingewendet werden, daß der Begriff der gebundenen Berufe in eng umgrenztem Anwendungsbereich gehalten werden müsse: Nicht jeder erlaubnispflichtige Beruf sei staatlich gebunden<sup>314)</sup>.

Das ist zutreffend und wird auch hier nicht vertreten.

Denn die obigen Ausführungen dürfen nicht so verstanden werden, daß jede erteilte Erlaubnis zu einem staatlich gebundenen Berufe führe. Es müssen jeweils die Kriterien hinzutreten, die als besondere Merkmale des so bezeichneten soziologischen Begriffs der staatlich gebundenen Berufe gefunden wurden: also die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, das Bestehen öffentlich-rechtlicher Berufspflichten, einer öffentlich-rechtlichen Verantwortung und einer besonderen Aufsicht.

Mit dem so gewonnenen Begriff des staatlich gebundenen Berufs mit Erlaubnis läßt sich die Zugehörigkeit

---

314) Werner DVBl.1955, S.562; BVerwGE 4, 250(254)

des einen oder anderen Berufs dazu leicht feststellen. So rechnet Huber<sup>315)</sup> entgegen dem BVerwG<sup>316)</sup> die Heilpraktiker zu den staatlich gebundenen Berufen.

Nach der gesetzlichen Regelung bedarf der Heilpraktiker zur Ausübung seines Berufes lediglich der Erlaubnis. Eine besondere Ausgestaltung dieses Berufes ist nach der gesetzlichen Regelung nicht erfolgt<sup>317)</sup>. Es fehlen eine besonders statuierte Verantwortung, eine Organisation des Berufs und eine Berufsgerichtsbarkeit.

Der Heilpraktiker ist also ein lediglich erlaubnispflichtiger, aber nicht staatlich gebundener Beruf.

Der Apothekerberuf soll nach Meinung des BVerwG nicht den staatlich gebundenen Berufen unterfallen, weil der Apotheker zu den "freien Berufen" rechne<sup>318)</sup>. Es wurde bereits ausgeführt, daß die Zugehörigkeit eines Berufs seiner Struktur nach zum Gewerbe oder zu den "freien" Berufen über staatliche Bindungen nichts aussagt<sup>319)</sup>. Darüberhinaus spricht seine nähere gesetzliche Ausgestaltung eindeutig für die Zugehörigkeit zu den staatlich gebundenen Berufen mit Erlaubnis.

Der Apotheker nimmt die für die Volksgesundheit wichtige öffentliche Aufgabe der Arzneimittelversorgung wahr<sup>320)</sup>. Diese Aufgabe ist ihm im Interesse des öffentlichen Gesundheitsschutzes übertragen. Der Apo-

---

315) Lb.I, S.769

316) E 4, 250(254)

317) Das Desinteresse des Staates am Heilpraktikerberuf verwundert angesichts der Tätigkeit, die er ausübt (Heilkunde. Vgl.dazu neuestens BVerwG NJW 1966, S.418 und 1187, und Bockelmann, NJW 1966, S.1145ff.), und die doch im wesentlichen mit der der Ärzte übereinstimmt. Vgl. im Gegensatz dazu deren eingehende Regelung. Bundesärzteordnung v.2.10.61, BGBl.I, S.1857. BestallungsG v.15.9.53, BGBl.I, S.1334, he.G über die Berufsvertretung usw. v.10.11.54, GVBl. S.193

318) E 4, 167(169); so früher auch Triepel, S.74

319) So auch Bachof, Freiheit, S.185

320) Vgl. § 28 I G über den Verkehr mit Arzneimitteln v.16.5.61, BGBl.I, S.533; Hoffmann, Komm.§ 1 Rdn.92 ff.

theke ist zur persönlichen Leitung der Apotheke verpflichtet (§ 7). Seine Verkaufstätigkeit unterliegt einer strengen Regelung (§ 10). Er wird durch eine sehr ins einzelne gehende staatliche Aufsicht überwacht (§ 18 ff.). Ihm sind besondere öffentlich-rechtliche Standespflichten auferlegt. Er ist einer Standesaufsicht und einer Berufsgerichtsbarkeit unterstellt<sup>321)</sup>.

Diese Ausgestaltung des Apothekerberufs zeigt alle Merkmale eines staatlich gebundenen Berufes mit Erlaubnis. Die Auffassung des BVerwG ist deshalb abzulehnen<sup>322)</sup>.

Die bisherigen Erörterungen haben gezeigt, daß auch die staatlich gebundenen Berufe trotz der Vielfalt ihres Erscheinungsbildes einer Systematisierung zugänglich sind.

Als Ergebnis konnte eine Unterteilung in staatlich gebundene Berufe auf Grund Beleihung und solche mit Erlaubnis gefunden werden. Gleichzeitig wurde der nur soziologische Begriff in Rechtsbegriffe des Verwaltungsrechts eingeordnet. Damit läßt sich jeder gebundene Beruf erfassen.

Im 2. Teil soll nun unter Zugrundelegung der erarbeiteten Begriffe die verfassungsrechtliche Problematik der gebundenen Berufe, die vor allem durch die Rechtsprechung des BVerfG<sup>323)</sup> ausgelöst wurde, erörtert werden.

---

321) Vgl. auch BVerfGE 17, 232 (239)

322) Ebenso Huber, I. B. I, S. 769; wohl auch Bachof, Freiheit, S. 184 FN 127; Badura, Verwaltungsmonopol, S. 257. - Der Gesichtspunkt der staatlichen Gebundenheit des Apothekerberufs ist vom BVerfG E 7, 377 (398) offensichtlich übersehen worden. Denn dann hätte das Gericht keine Gelegenheit gehabt, die bedeutungsvolle und richtungsweisende Stufentheorie zu entwickeln. Vielmehr hätte es die Beschwerde als unbegründet zurückweisen müssen, da die Bedürfnisprüfung nach seiner eigenen Auffassung (a. a. O., S. 398 und E 17, 371 ff.) bei staatlich gebundenen Berufen als "Sonderregelung in Anlehnung an Art. 33" zulässig ist. Den Fehler des BVerfG bemerkt auch Hoffmann, DVBl. 1964, S. 457 (458 FN 24).

323) Vgl. E 7, 377 (398); 16, 6; 17, 371

## 2. TEIL: Die Stellung der staatlich gebundenen Berufe in der Verfassung

### I. Vorbemerkungen über die Auslegung des Grundgesetzes

#### 1. Der Methodenstreit

Die vom BVerfG<sup>324)</sup> verwendete Auslegungsmethode, soweit man von einer solchen überhaupt sprechen kann, machen einige grundsätzliche Bemerkungen über Verfassungsinterpretation notwendig<sup>325)</sup>.

Die Rechtsordnung bedarf einer Auslegung. Sie ist kein System "abschließend formulierter Rechtssätze"<sup>326)</sup>, die nur auf einen Fall angewendet zu werden brauchen, um die Falllösung zu liefern. Der Rechtsordnung sind die Probleme vielmehr vorgegeben<sup>327)</sup>. Deren Lösungen "aufzuspüren", ist Aufgabe der Interpretationslehre. Diese hat eine Vielzahl von Methoden entwickelt. Ihre Darstellung kann hier unterbleiben.

Einzugehen ist dagegen auf die von Forsthoff<sup>328)</sup> entfachte Auseinandersetzung zwischen der "geisteswissenschaftlichen" und "juristischen" Auslegungsmethode, die im besonderen Maße die Methodendiskussion vom Grundsätzlichen her befruchtet hat.

---

324) BVerfGE 7, 377(398)

325) Daß eine Verfassung und gerade eine Verfassung als formulierter Appell und Dokument (Lerche, DVBl. 1961, S.690(693) in ihrer knappen Diktion einer Interpretation zugänglich ist, bedarf keiner näheren Begründung, vgl. Ermacora, Verfassungsrecht S.17, 21

326) Ehmke, VVDStRL 20, S.55

327) Ehmke, a.a.O., S.55

328) Umbildung; Problematik; Der Staat 2, S.385 f.

Die moderne Grundrechtsinterpretation ist durch eine freiere Auslegungsmethode gekennzeichnet. Sie ist weniger auf logische Systematisierung und begriffliche Transparenz ausgerichtet als vielmehr stärker bestrebt, unter Ausblick auf andere Grundrechtsbestimmungen den eigentlichen Sinngehalt eines Grundrechts zu erfassen<sup>329)</sup>. Fußend auf Smend<sup>330)</sup>, der in dem Grundrechtskatalog die Normierung eines Güter- und Kultursystems normiert sah<sup>331)</sup>, werden die Grundrechte heute als Reaktion auf den Positivismus der Gerber-Labandschen Schule<sup>332)</sup> und in bewußter Abkehr von begrifflicher Formalistik<sup>333)</sup> in einer Fülle richterlicher Einzelwertungen, Güterabwägungen und außerrechtlichen Sinngebungen aufgefaßt<sup>334)</sup>. Die Grundrechte wurden mittels der "geisteswissenschaftlichen Methode" als "wirkliche Institute des Verfassungsrechts" entdeckt und von dem Odium eines "Komplexes von technischen Rechtssätzen" befreit<sup>335)</sup>. Hier setzt Forsthooffs Kritik ein<sup>336)</sup>.

Die "geisteswissenschaftlich werthierarchische" Methode<sup>337)</sup> mit der These von der "fließenden Geltungsfortbildung des gesetzten Verfassungsrechts"<sup>338)</sup> überschreite den Rahmen der Gesetzesauslegung<sup>339)</sup>. Mit dieser am "Wert" ausgerichteten Methode mache sich der Interpret zum Herren der Verfassung<sup>340)</sup>, indem er Kriterien von außen an sie herantrage, die er ihr selbst entnehmen sollte.

---

329) Sdheuner, DVBl.1958, S.845(849)

330) Dem sich Kaufmann anschloß, VVDStRL 4 (1927), S.77, Diskussionsbeitrag.

331) Verfassung und Verfassungsrecht, S.158 f., 163

332) Graf v.Pestalozza, Der Staat 2, S.434

333) Holstein, AÖR NF 11, S.31

334) Vgl.auch Lerche, DVBl.1961, S.690(692)

335) Kaufmann, VVDStRL 4, S.77

336) Die positiven Seiten dieser Theorie werden unten S. 97 dargestellt

337) Forsthoff wirft ihr "hoch- und weitgreifende Prozeduren der Auslegung vor. Der Staat 2, S.385

338) Smend, Verfassung, S.138;  
Forsthoff, Umbildung, S.38; Hollerbach, AÖR 85, S.242

339) Umbildung, S.41

340) Problematik, S.33

Jede Auslegung habe demgegenüber von dem Grundgesetz als einer rechtsstaatlichen Verfassung auszugehen, die die Gesetzesform der Verfassung auch wirklich in ihrer Gesetzesform begreife<sup>341)</sup>, um das Verfassungsgesetz in seiner juristischen Struktur zu erkennen<sup>342)</sup>.

Deshalb müsse eine Auslegung, die der Entformalisierung<sup>343)</sup> der Verfassung entgegenwirken wolle, die möglichen Methoden der Gesetzesauslegung dem Gesetzesbegriff und seiner logischen Struktur entnehmen<sup>344)</sup>. So schlägt Forsthoff<sup>345)</sup> zur Sinnermittlung der Verfassung, die rechtsstaatlichen Ansprüchen genügt, die "klassischen" Interpretationsmethoden vor, die schon Savigny herausgearbeitet hat<sup>346)</sup>.

Die Ausführungen Forsthoffs sind auf heftigen Widerspruch gestoßen<sup>347)</sup>. Es ist hier nicht der Ort, auf die Auseinandersetzung im einzelnen einzugehen. Die Kritik mag zum Teil berechtigt sein. Das gilt besonders für Forsthoffs Gesetzesbegriff<sup>348)</sup>. Formulierungen, wie "der Rechtsstaat sei ein System rechtstechnischer Kunstgriffe zur Gewährleistung gesetzlicher Freiheit"<sup>349)</sup>, sind mißverständlich<sup>350)</sup>. Ungeachtet möglicher berechtigter Einwände ist es jedoch das Verdienst Forsthoffs, auf ein Symptom der heutigen Interpretationslehre hingewiesen zu haben, die sich

---

341) Umbildung, S.36

342) Problematik, S.37

343) Umbildung, S.52

344) Problematik, S.39

345) Problematik, S.39

346) System, S.206 ff., 212-216 (Bd I)

347) Maunz-Dürig, GG, Art.20 Rdn.73; Ehmke, VVDStRL 20, S.64; ders. Wirtschaftsrecht, S.45; Lerche DVBl.1961, S.690; Nipperdey, Entfaltung, S.749 FN 33; Hollerbach, AÖR 85, S.241; Geiger, Wandlung, S.27 f.; Graf v.Pestalozza, Der Staat 2, S.434; Scheuner, VVDStRL 22, S.61

348) Umbildung, S.36 f. Dazu eingehend Ehmke, Wirtschaftsrecht, S.47/48

349) Umbildung, S.61

350) Forsthoff dabei nihilistische Ideen zu unterstellen, dürfte jedoch zu weit gehen und den Intentionen dieses Staatsrechtslehrers kaum gerecht werden, so aber Nipperdey, Entfaltung, S.750 FN 33

an Stelle einer klaren und exakten, juristischen Methodik mit Postulierungen zweifelhafter Begriffe die Auslegungsarbeit unmöglich macht.

Als Beispiel läßt sich leicht das sog. Apothekenurteil des BVerfG<sup>351)</sup> anführen: Dort wird summarisch festgestellt, daß die Heranführung an den öffentlichen Dienst für die staatlich gebundenen Berufe Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 zulasse und die Wirkung des Grundrechts aus Art. 12 tatsächlich zurückdränge. Im Ergebnis wird die Geltung des Art. 12 für einen großen Teil privater Berufe verneint. Der Gegensatz zwischen der Freiheitssphäre des einzelnen und dem Machtanspruch des Staates wird unter Verwendung von Substantiven dubiosen Sinngehalts<sup>352)</sup> wie "Heranführung an den öffentlichen Dienst", "Organisationsgewalt", "staatliche Funktionen"<sup>353)</sup>, "originäre Staatsaufgaben"<sup>354)</sup> unter Überbetonung des Staatsgedankens (Werte der Staatlichkeit?) einseitig zu Gunsten des Staates gelöst.

Vor solchen außerrechtlichen Sinngebungen<sup>355)</sup> wollte Forsthoff warnen. Unter diesem Aspekt der Sorge für Rechtssicherheit und Präzision rechtsstaatlicher Rechtshandhabung<sup>356)</sup> sind seine Arbeiten zu verstehen und anzuerkennen<sup>357)</sup>.

Deshalb soll auch in dieser Arbeit alten bewährten Regeln der juristischen Hermeneutik<sup>358)</sup>, nämlich exakt-juristischen Auslegungsmethoden gefolgt werden. Daß dabei auf die Verfassung Regeln angewendet werden können, die Savigny 1840 für die Gesetzesauslegung herausgearbeitet hat, braucht nicht als Nachteil empfunden zu werden. Diese verfehlen nicht unbedingt die heutige Verfassungsproblematik<sup>359)</sup>. Die in der

---

351) E 7, 377 ff.

352) Vgl. Forsthoff, Umbildung, S. 49

353) BVerfGE 17, 380

354) BVerfGE 17, 376

355) Lerche, DVBl. 1961, S. 692

356) Scheuner, VVDStRL 22, S. 61

357) Das erkennen auch Lerche, DVBl. 1961, S. 690 und Ehmke, VVDStRL 20, S. 64; ders. Wirtsch., S. 52 an.

358) Forsthoff, Problematik, S. 34

359) Wie Scheuner, VVDStRL 22, S. 61 meint. Auch Ehmke, VVDStRL 20, S. 64; vgl. die Nachweise FN 594

Verfassung liegenden Wertsetzungen können auch mit diesen Methoden gefunden werden. Für eine wertende Betrachtung ist in deren Rahmen genügend Raum. Keinesfalls wird damit die "wichtigste Auslegungsregel"<sup>360)</sup> für eine Verfassung ausgeschaltet, der Chief Justice Marshall vor 140 Jahren folgenden Ausdruck gab: "We must never forget that is a constitution we are expounding"<sup>361)</sup>. Denn diese Worte sind weniger als Aufruf zu unbekümmerter Wertinterpretation als vielmehr als Mahnung zu besonderer Vorsicht zu verstehen, sich bei der Auslegung des besonderen "Materials" bewußt zu sein. Diese Worte dürfen nicht so verstanden werden, alle Logik außer acht zu lassen und zur Sinnentleerung der Grundrechte unter Berufung auf zweifelhafte Werte, Güter und außerrechtliche Sinngebungen beizutragen<sup>362)</sup>.

Der eigene Standpunkt geht, insoweit Forsthoffs Kritikern folgend, von einem materialen Verfassungsverständnis aus<sup>363)</sup>. Das Verfassungsgesetz mit seiner knappen Diktion fordert eine Wertverwirklichung der Grundrechte. Die im Grundrechtsteil ausgeprägten Wertvorstellungen sind jedoch gegenständlich begrenzt<sup>364)</sup> und auf bestimmte Lebensbereiche abgestellt<sup>365)</sup>. Sie sind objektivrechtliche Bestandteile der Grundrechte<sup>366)</sup>, deren Wertmaßstäbe sie bestimmen. Die hier vorgestellte, konkrete und objektive Wertordnung darf deshalb nicht mit einer materialen Wertethik verwechselt werden<sup>367)</sup>.

Die Bedenken Forsthoffs werden jedoch geteilt, soweit

---

360) Ehmke, Wirtschaft, S.49

361) Mc Culloch v. Maryland 4 Wheat 316, 407, 4L.Ed. 579, 601/602(1819), zit.nach Ehmke, Wirtschaft, S.49 FN 113

362) Vgl.auch Hoffmann, DVBl.1964, S.457(460)

363) S. unten S.90

364) So Scheuner, VVDStRL 22, S.47

365) Vgl.Scheuner, a.a.O., S.45

366) Positivität mit Wertgehalt nach Dürig, Maunz-Dürig, GG, Art.20 Rdn.73

367) Ebenso Scheuner, a.a.O., S.51

mit Hilfe zweifelhafter Interpretationsmethoden mit neuen, nicht dem Grundrechtsteil entnommenen, zum Teil rein philosophischen Wertvorstellungen die eben den Grundrechten inkorporierten Werte wieder "entwertet" werden. Solche Interpretationsmethoden verhindern die praktische Bewährung der Grundrechte.

Abgelehnt wird deshalb eine Auslegung, die den Wertgehalt eines Grundrechts ohne Rücksicht auf den Wortlaut der zu interpretierenden Norm durch umstrittene und zweifelhafte Werte wie "Sozialstaatsgedanke"<sup>368)</sup>, "Ausübung staatlicher Funktionen (= Gemeinschaftswerte Wertvorrang des Staates)"<sup>369)</sup> - im Grunde subjektiven Intentionen<sup>370)</sup> - relativiert.

Im Grunde laufen derartige Auslegungsmethoden auf die Entwertung eines Wertsystems (Art. 12) durch Heranführung eines anderen Wertsystems (Art. 33) - wobei Wertsystem ja eine geistige Dimension ist<sup>371)</sup> - hinaus. Die Interpretation von Rechtssätzen kann mit ihnen nicht geführt werden.

Dafür eignen sich nur juristische Methoden<sup>372)</sup>.

## 2. Topik

Eine neuere Denkmethode, die Topik, hat die Behauptung aufgestellt, die Gesamtstruktur der Jurisprudenz sei nicht systematisch, sondern könne nur in einer am jeweiligen Problem orientierten Sicht bestimmt werden<sup>373)</sup>.

Das scheint mit der oben erhobenen Forderung einer systematisch-juristischen Auslegung in Widerspruch zu stehen.

---

368) So Werner, DVBl.1955, S.564; Häberle, S.183

369) BVerfGE 17, 380

370) Klug, S.99

371) Forsthoff, Umbildung, S.40

372) Jesch, Gesetz und Verwaltung, S.60

373) Vgl. Diederichsen, NJW 1966, S.697

374) Viehweg, passim; Baumlin, S.26 f.; Ehmke, VVDStRL 20, S.55; Rupp, Privateigentum, S.12 unter FN 19; Scheuner, VVDStRL 22, S.38 FN 111; Zippelius, S.79f.; Jesch, S.65; Esser, S.185; Diederichsen, NJW 1966, S.697 f.; Graf v. Pestalozza, Der Staat 2, S.429; Schneider, MDR 1963, S.653; Köhler, NJW 1966, S.1292 f. FN 25

Es ist deshalb notwendig, auf diese Denkmethode, die rasch Anhänger gewann<sup>374)</sup>, einzugehen. Topik ist eine Techne des Problemdenkens<sup>375)</sup>, d.h. das juristische Denken hat bei einem vorgegebenen Problem einzusetzen und nach Argumenten zu suchen<sup>376)</sup>. Dabei tastet man sich an die Problemlösung unter Abwägung aller für einen konkreten Fall relevanten Gesichtspunkte heran<sup>377)</sup>. Die Problemerkörterung ist so ein Gefüge von Fragen und Antworten. Eine Problemerkörterung bedarf bestimmter Gesichtspunkte<sup>378)</sup>, eben der *τόποι*<sup>379)</sup>, die zur Entstehung ganzer Topoikataloge<sup>380)</sup> führen<sup>381)</sup>. Die Topik steht damit in einem gewissen Gegensatz<sup>382)</sup> zu einem deduktiv-systematischen Gefüge; sie geht gerade davon aus, daß ein solches geschlossenes System nicht verfügbar ist<sup>383)</sup>. Allerdings bestehen zwischen Systemdenken und Problemdenken doch auch gewisse Verflechtungen<sup>384)</sup>. Diese ergeben sich zwangsläufig, wenn ein Topoikatalog gebildet worden ist: Die weitere Gedankenführung verlangt dann eine logische Bindung<sup>385)</sup>. Die Topik als eine Techne des Problemdenkens ist keine eigentlich neue Interpretationsmethode<sup>386)</sup>. Sie wurde von Viehweg auch nur wieder entdeckt und ausgeformt<sup>387)</sup>.

---

375) Viehweg, S.1, 15; Bäumlín, S.26

376) Gänzlich ablehnend zur Topik Diederichsen, NJW 1966, S.697 ff., besonders S.700 f.

377) Vgl. Ehmke, IVStRL 20, S.50

378) Kritisch dazu Diederichsen, NJW 1966, S.702, mit der Frage, wo sich wirkliche Gerechtigkeitskriterien von bloßen Billigkeitsfragen unterscheiden.

379) Bäumlín nennt sie praktische Hilfsmittel, S.26

380) Derartige Kataloge von Auslegungstopoi hat Schneider aufgestellt, MDR 1963, S.368 u.461

381) Vgl. Viehweg, S.18

382) Zu Recht weist Diederichsen, NJW 1966, S.703 darauf hin, daß der Jurist sich trotz aller Problemerkörterung an die Lösung zu halten hat, die im Gesetz steht.

383) Bäumlín, S.26; Viehweg, S.1

384) Vgl. Viehweg, S.16 f.

385) Viehweg, S.23

386) Das betont Schneider, MDR 1963, S.653

387) Viehweg, S.1, 3

Denn unausgesprochen bewegt sich das interpretative Denken des Juristen schon immer im Stile der Topik<sup>388)</sup>. Das gilt besonders für die Schlußform der Analogie (bei der Prüfung, ob ein rechtsähnlicher und wesensgleicher Fall vorliegt) als einer typischen Form der juristischen Logik und damit des Systemdenkens<sup>389)</sup>. Viehweg betont sogar die Verwandtschaft der Topik mit der Analogie<sup>390)</sup>.

Die Topik als eine Technik der Problemerkörterung kann deshalb ein systematisches Denken auch nicht ersetzen, sie kann nur unterstützend eingreifen. Daher soll auch hier bei der folgenden Auslegung auf dem Boden der juristischen Logik<sup>391)</sup> topischer Problemerkörterung Raum gegeben werden<sup>392)</sup>.

---

388) Z.B. der Sache nach bei den Ausführungen von Ossenbühl, DÖV 1965, S.655

389) Vgl. Klug, S.5, 7, 101 f.

390) S.22

391) Ein Rückzug in das Wetterhäuschen des Positivismus kann darin entgegen Ehmke, VVDStRL 20, S.64, nicht gesehen werden. Dagegen hat sich schon Forsthoff selbst gewehrt, Problematik, S.35

392) Eine nur topische Denkweise soll jedoch vermieden werden. Deren Gefahren hat Diederichsen, NJW 1966, S.697 ff., überzeugend aufgezeigt.

## II. Artikel 12 I GG

Der Grundrechtskatalog des Bonner Grundgesetzes vom 23. Mai 1949 gab der Diskussion um die staatlich gebundenen Berufe neuen Antrieb. Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung stand zunächst Art. 12 GG. Dessen Absatz 1 lautet:

"Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz geregelt werden."

Ein unbefangener Leser wird das Unterfallen der staatlich gebundenen Berufe angesichts des klaren Wortlauts (auch die Träger gebundener Berufe üben einen Beruf aus!) kaum bezweifeln wollen. Dessen ungeachtet nannte Walter Jellinek<sup>393)</sup> Art. 12 die "schlimmste crux" des Grundrechtsteils, und Abraham<sup>394)</sup> stellte sogar die Frage, ob es im Interesse der Rechtssicherheit nicht besser gewesen wäre, wäre Art. 12 überhaupt nicht vorhanden. Seit diesen Stellungnahmen ist mehr als ein Jahrzehnt vergangen, und es liegen ein kaum noch übersehbares Schrifttum und eine umfangreiche Judikatur hoher und höchster Gerichte vor. Dennoch kann trotz des "Traunsteiner Apothekenurteil" des BVerfG<sup>395)</sup> von einer restlosen Klarheit gerade in unserer Frage nicht gesprochen werden.

Betrachtet man die Regelung einzelner gebundener Berufe, so werden die widersprüchlichen Stellungnahmen eher verständlich. Zu diesen Regelungen gehören bei der Hebamme die Bestallung, die staatliche Aufsicht einschließlich des Verwarnungsrechts

---

393) DÖV 1952, S. 383

394) JZ 1954, S. 561 (564)

395) E 7, 398; kritisch dazu Ehmke, VVDStRL 20, S. 94-96

des Amtsarztes, die Anzeigepflicht bei Wohnungswechsel, die Führung amtlicher Kontrolle unterliegender Akten, das Gebührenrecht, Gewährung eines Mindesteinkommens, Einrichtung einer Altersgrenze, Begrenzung der Niederlassung: Lauter Regelungen, die die Verheißung des Art. 12 GG auf freie Berufswahl- und Ausübung als Widerspruch erscheinen lassen. In ähnlicher Weise ist der Schornsteinfegerberuf ausgestaltet<sup>396)</sup>. Es sind Kehrbezirke eingerichtet. Damit verbunden ist eine Zulassungsbeschränkung<sup>397)</sup>. Der Bezirksschornsteinfegermeister erhebt Gebühren. Seine Bestellung erinnert an beamtenrechtliche Grundsätze. Sie erfolgt zunächst probeweise und kann widerrufen werden. Er erhält eine Bestallungsurkunde und wird auf seine Berufsobliegenheiten verpflichtet.

Angeichts dieser Ausgestaltung der gebundenen Berufe, und das gilt besonders für solche mit Beleihung, liegt in der Tat die Frage nahe, ob es sich überhaupt noch um Berufe i.S. des Art. 12 oder um lediglich mit "amtlicher Stellung versehene Dienstverhältnisse"<sup>398)</sup> handelt, für die Art. 12 nicht gilt.

Die bisherigen Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung zu dieser Frage sind nicht einheitlich und in ihrer Begründung nicht immer überzeugend.

## A. Darstellung der bisherigen Stellungnahme

### 1. Das Bundesverwaltungsgericht

Das BVerwG<sup>399)</sup> hat die Frage dahingehend beantwortet, daß das Grundrecht der Berufsfreiheit seinem Wesen nach nicht für solche Berufe gelte, die dem Staat vorbehaltene Aufgaben wahrnehmen (= staatlich gebundene

---

396) VO über das Schornsteinfegerwesen

397) Vgl. Uber, S.181

398) So die Frage bei Uber, S.181

399) E 2, 85(86); 3, 21(23); 4, 250(254); 5, 286(288); 6, 14

Berufe). Dem haben sich Reuß<sup>400)</sup>, Bachof<sup>401)</sup>, Hamel<sup>402)</sup> und Rings<sup>403)</sup> angeschlossen.

Eine nähere Begründung gibt das Gericht nicht. Später<sup>404)</sup> hat es seine Auffassung dahingehend präzisiert, daß das Wesen solcher, nicht Art. 12 unterfallender Berufe, in dem Überwiegen öffentlich-rechtlicher Elemente und Zurücktreten privatrechtlicher Wesenszüge liege<sup>405)</sup>. Deshalb sei die Verfassungsmäßigkeit von Zulassungsschranken für diese Berufe an Art. 33 II GG zu messen<sup>406)</sup>.

## 2. Von der Heide

In sehr eigenwilliger Weise hat v.d.Heide dem Problem beizukommen versucht<sup>407)</sup>.

Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist der Begriff des Berufes, den es von dem in Art. 12 genannten Element "Arbeitsplatz" abzugrenzen gelte. Der Begriff "Beruf" umfasse den "freien" wie den "unselbständigen". Damit überschneiden sich "Beruf" und "Arbeitsplatz". "Arbeitsplatz" und "unselbständiger" Beruf seien dagegen identisch, weil der Arbeitnehmer immer nur "unselbständig", eben als Arbeitnehmer und Inhaber eines Arbeitsplatzes, seinen Beruf ausüben könne. Da die Begriffe "Arbeitsplatz" mit "Arbeit" (Abs.II) und "Ar-

---

400) NJW 1955, S.1732 ohne weitere Begründung

401) In einer früheren Stellungnahme in JZ 1957, 339

402) S.61

403) Nach Rings ist Zweck des Art.12 die Schaffung eines ungehinderten Leistungswettbewerbs auf "privaten" Leistungangeboten. Dazu im Gegensatz stünden aber die der öffentlichen Hand vorbehaltenen Aufgaben. Diese verlangen immer eine gesetzliche Grundlage. Zweck eines solchen Gesetzes sei es aber, die betr.Aufgaben einem freien Leistungswettbewerb zu entziehen. Der Gesetzgeber habe mit der Einführung des Art.12 nicht bezweckt, alle bestehenden und künftigen Verwaltungsmonopole zu beseitigen bzw. zu verhindern.

404) E 6, 72(74)

405) In E 9,334(336) hat das BVerwG im Anschluß an das BVerfGE 7,377ff. diese Meinung allerdings wieder aufgegeben.

406) E, 6, 13(14). Badura, Verwaltungsmonopol, S.256 FN 79 weist zu Recht darauf hin, daß der Hinweis auf Art.33 in der früheren E gefehlt hat und erstmals in diesem Urteil des II.Senats gebracht wird.

407) BB 1950, S.485 ff.

beitsplatz" (Abs.III) in innerem Zusammenhang stehen, will v.d.Heide den Begriff "Arbeitsplatz" nicht in den Begriff "Beruf" aufgenommen wissen, da dieser sonst ohne selbständigen Inhalt sei und nicht angenommen werden könne, "daß Art. 12 diese Begriffe synonym verwendet"<sup>408)</sup>. So gewinnt v.d.Heide den Begriff des "freien" Berufes, der sowohl die sog. freien als auch die gewerblichen, eben die selbständigen Berufe umfaßt.

Damit begrenzt er Art. 12 auf die Freiheit der von einem Arbeitsplatz unabhängigen Berufe. Den Ausschluß der unselbständigen Berufe rechtfertigt er damit, daß bei diesen Berufen die freie Wahl "aus dem Wesen der Sache heraus nur eine bedingt freie" sei<sup>409)</sup>. Diese Bedingung besteht darin, daß der wählende Unselbständige ja erst einen Vertragspartner finden müsse, der zum Abschluß eines Dienst- oder Arbeitsvertrages bereit ist und so einen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt<sup>410)</sup>.

Zu diesen, von einem Arbeitsplatz abhängigen Berufen zählt er einen Teil der staatlich gebundenen Berufe, insbesondere Schornsteinfeger und Hebamme. Die Bedürfnisprüfung bei diesen Berufen ist für ihn eine "besondere Art der Bestimmung der Zahl der Arbeitsplätze"<sup>411)</sup>. Damit unterfallen diese Berufe ebenfalls nicht Art. 12 GG.

### 3. Werner

Einen ganz anderen Ausgangspunkt nimmt Werner ein<sup>412)</sup>. Nach seiner Auffassung ist Art. 12 als Grundrecht, "das auf eine Ordnung des Gemeinschaftslebens abzielt"<sup>413)</sup>, im Zusammenhang mit Art. 20 I GG - Sozialstaatsklausel - zu sehen. Konkret gefaßt und

---

408) a.a.O., S.486

409) a.a.O., S.486

410) a.a.O., S.487

411) a.a.O., S.487

412) a.a.O., S.488

413) DVBl. 1955, S.562(564)

nicht nur als unverbindliche Formel betrachtet, müsse der Sozialstaatsbegriff zu der Berufsproblematik in Beziehung gesetzt werden<sup>414)</sup>. So gesehen sei Art. 12 nicht nur ein Abwehrrecht gegen den Staat, sondern enthalte "auch ein positives Anliegen an den Staat"<sup>415)</sup>.

In nur angedeuteter Zusammenschau von Art. 12 und 20 GG wird - für die Hebammen - das öffentliche Gesundheitswesen als eine Konkretisierung des Sozialstaatsgedankens gesehen. Aus dieser Sicht seien die Regelungen des Hebammenberufes nur die Ordnung eines "Stücks Verwaltung". Beschränkungen haben den Sinn, einen geschlossenen Kreis von Trägern öffentlicher Aufgaben zu schaffen. Von einem Eingriff in die Berufsfreiheit könne nicht gesprochen werden, weil die Hebammen mit der Übernahme einer öffentlich-rechtlichen Berufsverantwortung davon ausgehen müßten, daß der Staat die Kontrolle in der Hand behalten wolle. Auf öffentliche Statusverhältnisse finde Art. 12 aber keine Anwendung.

#### 4. Rupp

Die ausführlichste Untersuchung des Problems der staatlich gebundenen Berufe stammt von Rupp<sup>416)</sup>. Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist die Prämisse, daß sich Staatsfunktionen in die grundrechtliche Berufsfreiheit nicht inkorporieren lassen<sup>417)</sup>.

---

414) a.a.O., S.564

415) a.a.O., S.564

416) Privateigentum, S.16 FN 27

417) Auch Rupp scheint von einer Zweiteilung der staatlich gebundenen Berufe auszugehen, wenn er zwischen solchen, die sich als "Träger öffentlicher Aufgaben" oder als "Träger eines öffentlichen Amtes" verstehen (S.16), die aber keine Staatsfunktionen wahrnehmen, und echten Staatsfunktionen ausübenden Berufen unterscheidet. Seine Ausführungen gelten nur für letztere. Diese können mit den hier so bezeichneten staatlich gebundenen Berufen mit Beleihung gleichgesetzt werden.

Dann die klassischen Statusrechte als negative Freiheitsrechte seien ihrer "inneren Struktur" nach auf Unterlassung und Abwehr staatlicher Eingriffe in die allgemeine Rechtsstellung der Staatsbürger gerichtet.

Die Beleihung der Träger gebundener Berufe mit Staatsfunktionen<sup>418)</sup> sei funktionell eine Teilhabe an Staatsfunktionen und zwingt den Staat "zu einer gewährenden Austeilung staatlicher Funktionen i.S. einer individuell-beruflichen Zuweisung"<sup>419)</sup>. Diese Erscheinung, Rupp spricht anschaulich von einem "Teilhabe-Grundrecht", sei ihrem Wesen nach kein negatives Statusrecht (i.S. des Art. 12), so daß dessen "undifferenzierte Anwendung" ein "untauglicher Versuch am untauglichen Objekt" sei.

Art. 12 GG gelte folglich nicht für staatlich gebundene Berufe mit Beleihung.

Wegen der Teilnahme an Staatsfunktionen könne dieses Teilhabe-Grundrecht seinen grundrechtlichen Schutz nur in einem positiven Status finden<sup>420)</sup>. Die Maßstäbe für das Verhältnis von Beruf und Staatsfunktionen findet Rupp deshalb in Art. 33 II GG, wonach jeder Deutsche nach Maßgabe seiner Befähigung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt hat<sup>421)</sup>.

Allerdings begnügt sich Rupp nicht damit, die Ausübung von Staatsfunktionen aus dem grundrechtlichen Bestandsschutz der Berufsfreiheit herauszunehmen und der Dispositionsbefugnis des Staates zu überlassen<sup>422)</sup>: Die

---

418) Daß es solche gibt, setzt Rupp voraus.

NJW 1965, S.993(995) FN 19); Privateigentum, S.19/20

419) a.a.O., S.16

420) S.17 unter FN

421) "In das Grundrecht des Art.12 eingebettet gibt er (das Grundrecht des Art.33) dem status positivus beruflicher Ausübung von Staatsfunktionen faßbare Konturen und adäquaten Inhalt", a.a.O., S.17

422) Dieser Gedanke klingt auch in einem Urteil des BVerfG an: E 17, 371(380): "Die Ausübung staatlicher Funktionen dagegen ist der Verfügungs-freiheit des einzelnen entzogen."

sinngemäße Anwendung des Art. 33 II zwingt auch zur Gewährung eines finanziellen Ausgleichs beim Entzuge der beruflich ausgeübten Funktionen<sup>423)</sup>.

## 5. Römer

Anklänge an den Gedankengang Rupps, aber unabhängig von ihm, finden sich bei Römer<sup>424)</sup>. Allerdings tritt Römer die direkte Anwendung<sup>425)</sup> des Art. 33 II GG auf Berufe, deren Tätigkeiten dem Staat vorbehalten sind<sup>426)</sup>. Zu diesem Ergebnis gelangt er mittels eines Kunstgriffs. Die dem Staat vorbehaltenen Tätigkeiten haben nach Römers Auffassung<sup>427)</sup> eine Doppelnatur. Sie sind Berufsausübung-Tätigkeit als Lebensaufgabe- und Ausübung staatlicher Tätigkeit zugleich. Diese Aufspaltung in zwei Tätigkeitsbereiche hat verschiedene Rechtsfolgen. Nur die berufliche Seite wird von Art. 12 erfaßt. Damit wird dem einzelnen gewährleistet, sich die betreffende Tätigkeit zur Lebensgrundlage zu machen. Art. 12 verleihe aber nicht das Recht, "die Tätigkeit als eine staatliche auszuüben"<sup>428)</sup>. Die Ausübung staatlicher Tätigkeit, die mit der Frage des Rechts auf eine Amts- oder Organstellung im Zusammenhang stehe, werde von Art. 33 II GG erfaßt. Art. 33 II gewähre aber nur ein Recht auf gleichen Zugang zum Amt und keinen Anspruch auf Übertragung eines Amtes<sup>429)</sup>.

---

423) Diese Konsequenz wird erstmals von Rupp gezogen. Das übrige Schrifttum begnügt sich mit einer teilweisen analogen Anwendung des Art. 33; das ist jedoch logisch nicht ganz unbedenklich. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

424) Notariatsverfassung und Grundgesetz

425) Im Ergebnis ebenso BVerwGE 6, 13(14)

426) Passim, besonders S. 51, 59, 67. Die Abhandlung Römers behandelt speziell nur die Stellung des Notars; doch sind seine hier besonders interessierenden Ausführungen (S. 51) allgemein gehalten. Er spricht hier ausdrücklich von dem "Staat vorbehaltenen Berufen".

427) a.a.O., S. 51

428) a.a.O., S. 51

429) Letzteres insoweit h.M.

Vgl. v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33 IV 5, S. 808

Somit entspricht der Doppelnatur der Tätigkeit eine doppelte grundgesetzliche Regelung: "Der einzelne hat zwar ein Grundrecht, die Tätigkeit als Beruf zu ergreifen, aber kein Grundrecht, sie als staatliche Tätigkeit auszuüben"<sup>430)</sup>. Eine Verletzung des Art. 12 liege insoweit deshalb nicht vor<sup>431)</sup>.

## 6. Das Bundesverfassungsgericht

Demgegenüber vertritt das BVerfG die Auffassung, daß Art. 12 grundsätzlich auch für die staatlich gebundenen Berufe gelte<sup>432)</sup>. Diese Erkenntnis gewinnt das Gericht aus einer neuen Sicht des Grundrechts der Berufsfreiheit, die Art. 12 als echtes Grundrecht<sup>433)</sup> und nicht lediglich als Sicherung der Gewerbefreiheit als objektives Prinzip der Gewerbe- und Wirtschaftsordnung<sup>434)</sup> begreift. Art. 12 wird so als Grundrecht für jede soziale Schicht anerkannt<sup>435)</sup>. Das Schrifttum ist dem BVerfG weitgehend gefolgt, so daß diese Lehre als herrschende Meinung bezeichnet werden kann<sup>436)</sup>.

Allerdings erschöpft sich die Stellungnahme des BVerfG nicht in der Feststellung der Geltung des Art. 12.

Denn nach seiner Auffassung gestattet Art. 12 gewisse Einschränkungen der Berufsfreiheit bei den staatlich gebundenen Berufen. Diese sind durch Art. 33 gerechtfertigt: Je mehr ein Beruf durch öffentlich-rechtliche Bindungen und Auflagen dem öffentlichen Dienst angenä-

430) a.a.O., S.51

431) a.a.O., S.52, 67

432) E 7, 377(398); 11, 30(40), ständige Rspr., zuletzt E 17, 371(377). Vgl. auch die Zusammenfassung bei Leibholz-Rinck, GG, Art.12 Rdn.4, S.160

433) E 7, 377(397)

434) Wie etwa in Art.151 III WRV. Dazu Anschütz, Komm. Art.151 Anm.4, S.701

435) E 7, 377(397)

436) Bachof, Freiheit, S.183; Scheuner DVBl.1958, S.847; Scheuer, S.110; Fuhr, GewO, Einl.D III, S.66f.; Welsch, Diss., S.15; Eyermann-Fröhler, GewO, Einl. Rdn.31; Leisner JUS 1962, S.465; Rinck, S.68; Hamann, GG, Art.12 B2a, S.144; Thieme JZ 1961, S.280; Menger VerwArch.65, S.80 ff.

hert sei, umso mehr können "Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33" die Wirkung des Grundrechts tatsächlich zurückdrängen<sup>437)</sup>. Der Beruf könne nur gewählt werden, soweit in der vom Staat geschaffenen Ämterorganisation Amtsstellen zur Verfügung stehen<sup>438)</sup>. Ob und wieviel Stellen der Staat zur Verfügung zu stellen habe, bestimme er selbst kraft seiner Organisationsgewalt<sup>439)</sup>. Auch in dieser "Fortführung" seiner Rechtsprechung ist das Schrifttum dem BVerfG weitgehend gefolgt<sup>440)</sup>, nur einige Stimmen machen Bedenken geltend<sup>441)</sup>.

## B. Kritik

Die vorstehend dargelegten Lehren vermögen - jedenfalls ohne erhebliche Weiterentwicklung - nicht zu befriedigen.

### 1. Das gilt auch für die Ansicht des BVerfG.

Allerdings bringt die Stellungnahme des BVerfG gegenüber den übrigen Lehren einen erheblichen Fortschritt, soweit es unter besonderer Betonung des Grundrechts der Berufsfreiheit von der grundsätzlichen Geltung des Art. 12 auch für die gebundenen Berufe ausgeht. Jedoch wird dieser "Fortschritt" sofort wieder in Frage gestellt, wenn das Gericht § 4 IBNotO, wonach die Bestellung zum Anwaltsnotar vom Vorhandensein eines Bedürfnisses abhängig gemacht werden kann, für mit Art. 12 vereinbar hält und im Ergebnis "Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33" die Wirkung des Grundrechts aus Art. 12 tatsächlich zurückdrängen läßt. Diese Rechtsprechung läßt berechtigten Zweifeln Raum, ob das Ge-

---

437) E 7, 377(398)

438) E 17, 380

439) E 7, 398; 17, 377, 380

440) Vgl. FN 436

441) So Scheuner, DVBl.1958, S.845(847); Bachof, Freiheit, S.186; gänzlich ablehnend nur Rupp, Grundfragen, S.97/98; ders. NJW 1965, S.993(995); ders. DÖV 1963, S.679; und Hoffmann DVBl.1964, S.462

Gericht nicht in Wahrheit zu den Gegnern der Auffassung gerechnet werden muß, Art. 12 gelte auch für staatlich gebundene Berufe, und im Ergebnis zwischen seiner und der Rechtsprechung des BVerwG und den Meinungen von Rupp, Werner und v.d.Heide nur in der Formulierung, nicht aber im Tatsächlichen ein Unterschied besteht. - Denn die Freiheit der Berufswahl bedeutet, daß der Bewerber den erstrebten Beruf unbeeinflußt von fremdem Willen frei soll wählen können<sup>442)</sup>. Die Wahl muß also über den inneren Entschluß hinausgehen und sich in einen Akt der Ausübungshandlung manifestieren können. Das ist auch die Auffassung des BVerfG<sup>443)</sup>, das hier im wesentlichen die Ergebnisse des BVerwG<sup>444)</sup> und des BGH<sup>445)</sup> übernommen hat. Es führt aus, daß die Begriffe "Wahl" und "Ausübung" des Berufes sich nicht so bestimmen lassen, daß jeder von ihnen nur eine bestimmte zeitliche Phase betrifft; vielmehr seien Überschneidungen möglich. So kann die Aufnahme der Berufstätigkeit sowohl den Anfang der Berufsausübung wie auch die sich darin äußernde Betätigung der Berufswahl sein<sup>446)</sup>. "Beide Begriffe erfassen den einheitlichen Komplex" beruflicher Betätigung von verschiedenen Blickpunkten her<sup>447)</sup>. Bei dieser einheitlichen Sicht der Berufsfreiheit wird deutlich, daß die Freiheit der Berufswahl die innere Entschlußsfreiheit und das Recht zur Verwirklichung dieses Entschlusses<sup>448)</sup> beinhaltet. Andernfalls wäre das Grundrecht praktisch wertlos<sup>449)</sup>.

---

442) BVerwGE 2, 89(93). Ebenso Hamann, GG, Art.12 B5 S.146

443) E 7, 377(401)

444) E 1, 48(50)

445) BGHSt 4, 385(391)

446) Vgl. E 7, 401. Ähnlich vorher schon v.Mangoldt-Klein, GG, Art.12 IV, S.364 f., im Anschluß an Über, S.105, 191, der die Wahl als Substanzverwirklichung und die Ausübung als Modalitätsverwirklichung beschreibt.

447) E 7, 401

448) Bachof, Freiheit, S.191; ders., Berufsfreiheit, S.15

449) So auch Bachof, a.a.O., S.191

Betrachtet man die Rechtsprechung des BVerfG zu den gebundenen Berufen unter diesem Gesichtspunkt - nach der wegen der Heranführung an den öffentlichen Dienst die Berufswahl nur soweit geht, wie der Staat Arbeitsstellen zur Verfügung gestellt hat - so muß festgestellt werden, daß von einer eigentlichen Freiheit der Berufswahl nicht gesprochen werden kann. Denn für die betroffenen Träger der gebundenen Berufe beschränkt sich die Freiheit auf die Wahl des inneren Entschlusses; die Ausübung ist ihnen gerade versagt!

Damit ist das Grundrecht der freien Berufswahl für diese Berufe inhaltslos, materiell zu einem nudum ius<sup>450)</sup> herabgewürdigt worden. Art. 12 ist insoweit für die gebundenen Berufe "ein leerlaufendes" Grundrecht<sup>451)</sup>. Eine "Sonderregelung" kann dieses Ergebnis kaum noch genannt werden.

So gesehen, wenn die Heranführung an den öffentlichen Dienst zur Aufhebung und Sinnentleerung des Grundrechts führt, verliert die ursprüngliche These des BVerfG<sup>452)</sup>, Art. 12 gelte auch für die Berufe, die dem Staat vorbehalten sein müssen (!) (also nicht nur für die staatlich gebundenen Berufe, sondern auch für den öffentlichen Dienst), erheblich an Überzeugungskraft. Es erscheint die Frage angebracht, ob man das BVerfG nicht der Klarheit halber zu den Gegnern dieser Auffassung zählen sollte<sup>453)</sup>. Die Argumentation des BVerfG gibt auch noch aus einem anderen Grunde zu Bedenken Anlaß.

Nach seiner Auffassung hat es der Gesetzgeber in der Hand, den Grad der Sonderregelungen zu bestimmen und damit Art. 12 faktisch zurückzudrängen. Die Sonderregelungen sind möglich, "je näher ein Beruf durch

---

450) Dürig, AÖR 83, S.117(152)

451) Nach Leibholz-Rinck, GG Vorb. zu Art.1, Rdn.4, S.44 kennt das GG keine leerlaufenden Grundrechte mehr!

452) E 7, 397

453) Kritisch auch Thieme JZ 1961, S.280; Leisner JUS 1962, S.463(465)

öffentlich-rechtliche Bindungen und Auflagen an den öffentlichen Dienst" herangeführt wird<sup>454</sup>). Damit entscheidet aber die gesetzliche Regelung darüber, ob Art. 12 Anwendung findet oder nicht. Das ist methodisch verfehlt. Logisch ist allein der umgekehrte Weg: Die zu prüfende gesetzliche Regelung ist an der Verfassung zu messen und nicht die Verfassung am Gesetz<sup>455</sup>).

Die Meinung des BVerfG ist deshalb, jedenfalls was ihre "Fortentwicklung" betrifft, abzulehnen.

2. Problematisch ist auch die Behauptung des BVerwG, Art. 12 gelte seinem Wesen nach nicht für solche Berufe, die dem Staat vorbehaltene Aufgaben wahrnehmen. Unter Beruf i.S. des Art. 12 GG verstand man bislang "jede auf die Dauer berechnete und nicht nur vorübergehende, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Betätigung"<sup>456</sup>). Aus der Sicht des Art. 12 wurde der Berufsbegriff also weit ausgelegt. Er umfaßte alle vom einzelnen frei gewählten typischen und untypischen erlaubten Tätigkeiten<sup>457</sup>). Das BVerwG will demgegenüber die "dem Staat vorbehaltenen" Berufe aus dem Berufsbegriff ausklammern. Damit geht das BVerwG von einem unnötig engen Berufsbegriff aus<sup>458</sup>), der dazu der Bedeutung des Art. 12 in keiner Weise gerecht wird.

Es besteht keine Veranlassung, von dem allerseits anerkannten Berufsbegriff abzugehen. Das BVerwG hat für seine abweichende Meinung keine Begründung gegeben und ist überdies in einer neueren Entscheidung wieder davon abgerückt<sup>459</sup>).

---

454) E 7, 377(398)

455) Vgl. dazu allgemein Leisner JZ 1964, S.201 f., der von einer drohenden "Gesetzmäßigkeit der Verfassung" spricht, S.205; ders., Verfassungsmäßigkeit, S.26, 63 und passim.

456) So das BVerwGE 1, 54; diese Formulierung kehrt ständig wieder; vgl. Bachof, Freiheit, S.181

457) So auch BVerfGE 7, 377(397)

458) Badura, Verwaltungsmonopol, S.257

459) DÖV 1966, S.199

Warum Art. 12 darüberhinaus "seinem Wesen nach" nicht für die gebundenen Berufe gelten soll, ist schlechterdings nicht einzusehen. Wenn das Gericht später<sup>460)</sup> das Wesen solcher Berufe in der näheren gesetzlichen, öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung sieht, so ist es damit dem schon beim BVerfG gerügten - das gilt auch für die zusätzlichen Erwägungen Rings<sup>461)</sup> - methodischen Fehler erlegen: Nicht die Gesetzgebung bestimmt den Umfang des Schutzes, den Art. 12 gewährt, sondern dieser ist gerade Art. 12 selbst zu entnehmen<sup>462)</sup>. Die Darlegungen des BVerwG führen also nicht weiter.

3. Einen gänzlich anderen Ausgangspunkt nimmt v.d. Heide ein<sup>463)</sup>. Er nimmt die staatlich gebundenen Berufe deshalb von der Geltung des Art. 12 aus, weil nur die von einem Arbeitsplatz unabhängigen Berufe Art. 12 unterfallen. V.d.Heide sieht in dem Grundrecht des Art. 12 also nur die Freiheit der Wahl bei den selbständigen Berufen und beschränkt die Freiheit einer unselbständigen Betätigung auf die Freiheit vom Zwang zu einem bestimmten Arbeitsplatz. Diese einseitige Interpretation, die weite Bevölkerungskreise in einem spezifischen und wichtigen Lebensbereich ohne Grundrechtsschutz läßt, ist mit der richtig verstandenen Freiheit des Berufs nicht zu vereinbaren.

V.d.Heide kennt nur ein Grundrecht der "Freiheit der Berufswahl"<sup>464)</sup>, das sowohl die Wahl der inneren Entschließung wie die Freiheit der Berufsaufnahme umfaßt. Eine Freiheit der Berufsaufnahme gibt es jedoch bei den unselbständigen Berufen naturgemäß nicht, weil die Tätigen erst einen Vertragsgegner zum Abschluß eines Arbeitsvertrages finden müssen, der einen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt.

---

460) E 6, 72(74)

461) NJW 1957, S.657

462) Ebenso Badura, Verwaltungsmonopol, S.256 FN 80

463) BB 1950, S.485

464) BB 1950, S.487

Mit Recht macht ihm Über den Vorwurf<sup>465)</sup>, bei dieser Sicht des Art. 12 entweder ein zweites Grundrecht der Freiheit der unselbständigen, von einem Arbeitsplatz abhängigen Berufe anerkennen zu müssen oder diese Gruppe ohne Grundrechtsschutz zu lassen. Darauf findet sich bei v.d.Heide keine Antwort.

Art. 12 enthält aber nicht nur, die von v.d.Heide überdies falsch verstandene Freiheit der Berufswahl, sondern ein einheitliches Grundrecht der Freiheit des Berufs<sup>466)</sup>. Wahl und Ausübung sind ein einheitlicher Komplex. Darunter fallen auch die von einem Arbeitsplatz abhängigen Berufe<sup>467)</sup>. Art. 12 gewährt dem Selbständigen wie dem Unselbständigen<sup>468)</sup> ein subjektiv-öffentliches Recht auf freie berufliche Betätigung<sup>469)</sup>: Auch abhängige Tätigkeiten können als Beruf gewählt werden<sup>470)</sup>.

Im übrigen offenbart sich bei v.d.Heide<sup>471)</sup> der schon mehrfach kritisierte Fehler, von der Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung auf die Zulässigkeit und Vereinbarkeit mit der Verfassung zu schließen<sup>472)</sup>.

Den Ausführungen v.d.Heides kann deshalb nicht zugestimmt werden.

4. Werner<sup>473)</sup> geht davon aus, daß das Grundrecht des Art. 12 nicht nur als klassisches Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat, sondern im Zusammenhang mit dem Sozialstaatsgedanken des Art. 20 I GG gesehen werden müsse. Er betont so den Gedanken der Gemeinschaftsbe-

---

465) S. 85

466) Vgl. BVerfGE 7, 377(401)

467) Zu eng Über, S.84, wenn er meint, die Freiheit der unselbständigen Berufe erschöpfe sich in der Freiheit vom Zwang zu einem bestimmten Arbeitsplatz. Wie hier Bachof, Freiheit, S.183

468) Privatrechtliche Gesichtspunkte, wie die Bedingung des Abschlusses eines Arbeitsvertrages bleiben bei einer verfassungsrechtlichen Betrachtung unberücksichtigt, so auch Über, S.85

469) Zum Streitstand v.Mangoldt-Klein, GG Art.12 III 1, S.358

470) Über, S.85, und ausdrücklich BVerfGE 7, 377(398)

471) a.a.O., S.488

472) Das kritisiert auch Über, S.182

473) DVBl. 1955, S.464

zogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit. Damit befindet sich Werner in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre<sup>474)</sup>. Insoweit könnte ihm zugestimmt werden<sup>475)</sup>.

Bedenken ergeben sich jedoch, wenn Werner das auf "Ordnung des Gemeinschaftslebens"<sup>476)</sup> abzielende Grundrecht des Art. 12 einseitig zugunsten des Staates - wegen der Gemeinschaftsbezogenheit - wieder kupiert und Zulassungsbeschränkungen als Ordnung "eines Stücks Verwaltung" rechtfertigt. Einer solchen Auslegung ist entgegenzuhalten, daß die Grundrechte und ihre "kompromißlose Respektierung auch im Einzelfall gerade zum Gemeinwohl gehören"<sup>477)</sup>. Dann bedarf es keiner Güterabwägung<sup>478)</sup> zwischen Grundrechten und Gemeinwohl mehr, um ein Grundrecht dem Gemeinwohl zu opfern.

"Diese Güterabwägung hat das Grundgesetz selbst schon vorgenommen"<sup>479)</sup>.

Zur Einschränkung von Grundrechten ist das Bekenntnis zum Sozialstaat wenig geeignet<sup>480)</sup>. Mißverständlich ist auch die Bemerkung Werners, von einem Eingriff in die Berufsfreiheit könne deswegen nicht gesprochen werden, weil die Hebamme mit der Übernahme einer öffentlich-rechtlichen Berufsverantwortung die Dispositionsbefugnis des Staates über die Stellenzahl anerkannt habe. Diese Formulierung kann so verstanden werden, als neige Werner dazu, in der Übernahme eines staatlich gebundenen Berufes einen Verzicht auf das Grundrecht der freien Berufswahl zu sehen.

Dem wäre energisch zu widersprechen.

---

474) Geiger, Wandlung, S.26 f.; Hamel, S.15; Über, S.51, 79; Wintrich, Eigenart, S.235; Auch das BVerfG ist dieser Auffassung, vgl.dazu bei Leibholz-Rinck, GG, Art.20 Rdn.12, S.236

475) Vgl. allerdings die ablehnende Meinung Forstoffs, Umbildung, S.35 f.; ders., Problematik, S.27 f.; ders. DÖV 1965, S.619; ders. DÖV 1966, S.88

476) a.a.O., S.564

477) Geiger, Wandlung, S.32

478) Sehr kritisch dazu auch Graf v.Pestalozza, Der Staat 2 (1963), S.448; v.Hippel, S.33, jeweils m.w.N.Forsthoff, Umbildung, S.41

479) Geiger, Wandlung, S.33

480) Im Ergebnis ebenso Häberle, S.11: "Die Grundrechte sind nicht nur um der Erzielung eines Gesamterfolges willen gewährleistet."

Denn Grundrechte sind als Ganzes unverzichtbar; die grundsätzliche Unverzichtbarkeit sichert ihren Bestand<sup>481)</sup>. Allerdings läßt die herrschende Meinung eine Durchbrechung dieses Grundsatzes in dem Bereich des Besonderen Gewaltverhältnisses zu<sup>482)</sup>. Das gilt jedoch nur für das freiwillig begründete Gewaltverhältnis (*volenti non fit iniuria*). Der hier anerkannte Verzicht auf bestimmte Grundrechtsbetätigungen resultiert aus der in Art. 1 I GG enthaltenen persönlichen Freiheit, "von bestimmten Erscheinungsformen der Freiheit keinen Gebrauch machen zu wollen"<sup>483)</sup>.

Aber selbst von einem solchen freiwilligen Verzicht kann bei dem Bewerber eines gebundenen Berufes nicht gesprochen werden. Gerade durch seine Bewerbung gibt er zu erkennen, daß er den erstrebten Beruf auch auszuüben wünsche. Von einem Einverständnis in den Verzicht auf den Schutz von Art. 12 kann daher nicht die Rede sein. Die Auffassung Werners ist abzulehnen.

5. Rupp führt das Problem der staatlich gebundenen Berufe (mit Beleihung) auf ihre Kernfrage zurück: Lassen sich verliehene Staatsfunktionen grundrechtlich im Sinne der negativen Statusrechte schützen? Er verneint dies mit der Begründung, "die klassischen Freiheitsrechte seien ihrer inneren Struktur nach auf Abwehr staatlicher Eingriffe<sup>484)</sup> ausgelegt<sup>485)</sup>." Der Schutz der beruflichen Teilhabe an Staatsfunktionen lasse sich nur an Maßstäben positiver Statusrechte<sup>486)</sup>

---

481) Maunz, S.123; Koellreutter, S.52; v.Mangoldt-Klein, GG, Vorb.BXVI5, S.138

482) Forsthoff, Lb. § 7AI, S.116; Krüger, S.789; kritisch zur Einwilligungsschule Leisner DVBl.1960, S.617(621)

483) Dürig AöR 81, S.117(152). Ebenso Forsthoff, a.a.O. S.117; Maunz, S.123; Krüger, S.789

484) Vgl. die kritischen Bemerkungen zu dieser Auffassung der Grundrechte von Krüger, S.536-537: Ein Verständnis des Grundrechts als eines Abwehrrechts gegen den Staat sei schlechthin unhaltbar.

485) Privateigentum, S.17 FN 27

486) a.a.O., S.17 unter FN

messen. Die von Rupp vorgenommene Unterscheidung beruht auf dem Bestreben, die von den übrigen Meinungen verwischte Bedeutung der negativen und aktiven Statusrechte hervorzuheben und beide Problemkreise voneinander zu trennen.

Unter positiven Statusrechten versteht man die Rechte des einzelnen auf bestimmte Leistungen des Staates<sup>487)</sup>.

Der Hinweis auf Art. 33 II GG läßt erkennen, daß Rupp in Wahrheit die berufliche Teilhabe durch aktive Statusrechte geschützt wissen will. Dies sind die sog. Mitwirkungsrechte des einzelnen Staatsbürgers<sup>488)</sup>.

Sie sind von den individuellen Grundrechten zu unterscheiden<sup>489)</sup>. Denn sie sind nicht i.S. des negativen Status "Freiheiten", sondern "Bewegen sich innerhalb des Staates"<sup>490)</sup> und betreffen deshalb nur die Beteiligung am staatlichen Leben. Sie regeln die aktive Teilnahme des Bürgers an der Bildung und Betätigung des Staatswillens<sup>491)</sup>.

Art. 33 II als aktives Statusrecht gibt dem einzelnen einen Anspruch "zur Ausübung staatlicher Tätigkeit zugelassen, als Träger einer Organstellung anerkannt zu werden"<sup>492)</sup>. Dabei ist jedoch, wie Jellinek<sup>493)</sup> dargestellt hat, zwischen individuellem Anspruch und Organtätigkeit streng zu unterscheiden. Denn die Organtätigkeit kommt nur dem Staat zu, so daß der individuelle Anspruch nur auf gleichen Zugang zur Organtätigkeit gerichtet sein kann (= Art. 33 II GG).

Auch die Träger gebundener Berufe mit Beleihung, so ist Rupp zu verstehen, genießen deshalb wegen ihrer Teilnahme an Staatsfunktionen grundrechtlichen Schutz nur als Garantie gleichen Zugangs zu diesen Funktionen

---

487) Vgl. v.Mangoldt-Klein, GG, Vorb.AIII3b, S.59; G.Jellinek, Staatslehre, S.420; Schmitt, S.169

488) V.Mangoldt-Klein, a.a.O., S.60; Jellinek, a.a.O. S.421; Schmitt, a.a.O., S.168

489) Schmitt, S.168

490) Schmitt, S.168

491) V.Mangoldt-Klein, a.a.O., S.60

492) G.Jellinek, Staatslehre, S.421

493) a.a.O., S.421

Das scheint die logische Konsequenz des aktiven Statusrechts.

Und dennoch ergeben sich Bedenken.

Das Institut des aktiven Statusrechts<sup>494)</sup> und besonders Art. 33 II gehen von einer Organwaltertätigkeit des Grundrechtsträgers aus. Sie setzen einen spezifisch und nur öffentlichen Status voraus. Einen solchen nur-öffentlichen Status besitzt der Träger eines gebundenen Berufes jedoch nicht<sup>495)</sup>. Als Beliehener nimmt er zwar Staatsfunktionen wahr. Diese stehen jedoch mit seiner im übrigen rein privatrechtlichen Tätigkeit und Berufsausübung in untrennbarem Zusammenhang<sup>496)</sup>. Der enge Zusammenhang von Staatsfunktionen und privater Berufstätigkeit legt deshalb die Vermutung nahe, daß die zwar hoheitliche Tätigkeit ihr Wesen funktionell verändert hat, ihr Charakter permutiert ist. Dieses "Eingebettet-Sein" einer Tätigkeit, deren hoheitsrechtliche Elemente zwar nicht geleugnet werden können und sollen, in eine im übrigen vorwiegend privatrechtlich strukturierte Berufstätigkeit, muß für eine Gesamtbeurteilung von Bedeutung sein. - So ist es anerkannt, daß der mit Staatsfunktionen Beliehene durch die Beileihung seinen privaten Status nicht verloren hat<sup>497)</sup>. Trotz dieser Tätigkeit bleibt er Träger eines privaten Berufes. Dann trifft es nicht den Kern der Sache, nur einseitig seine Zugehörigkeit zum aktiven Status zu betonen. Das zeigt auch eine weitere Überlegung. Die Berufsfreiheit nach Art. 12 umfaßt auch das Recht, untypische Betätigungsformen als Beruf zu wählen<sup>498)</sup>. Dabei hat der Gesetzgeber die Befugnis, die "Berufsbilder" typischer Berufe gesetzlich zu fixieren<sup>499)</sup> und so dem Beruf eine spezifische, unwandelbare Erschei-

---

494) Wie gerade die Ausführungen Jellineks, a.a.O., S.421 zeigen

495) Vgl. auch unten S.149

496) Daß auch die Betonung eines öffentlichen Amtes daran nichts ändert, so BVerfGE 17, 376, meint Rupp selbst, NJW 1965, S.993(995)

497) Hoffmann, DVBl.1964, S.457(459); Ule, Dienst, S.545; Pfennig, S.40

498) BVerfGE 7, 377(406); Bachof, Freiheit, S.187 ff.; ders. Berufsfreiheit, S.12; Hamann, GG, Art.12 B2b, S.144

499) BVerwG DÖV 1961, S.861(862)

nungsform zu geben. Die Rechtsprechung des BVerfG geht in diesem Zusammenhang sogar so weit, die freie Berufswahl des einzelnen auf den so geprägten Beruf zu beschränken, so daß ihm eine untypische Betätigung in diesem Bereich nicht erlaubt ist<sup>500)</sup>.

In diesem Sinne hat der Gesetzgeber die Berufsbilder des Notars, Schornsteinfegers, der Hebamme u.a. geprägt. Zu diesem Bild gehört die Wahrnehmung von Staatsfunktionen. Sie sind vom Gesetzgeber gewollt und vorausgesetzt. Wenn der Gesetzgeber die Berufsbilder dieser spezifischen Berufe in dieser Weise gesetzlich fixiert hat, und zwar in ihrer Erscheinungsform als private Berufe, zu deren Berufsbild notwendig die Ausübung von Staatsfunktionen gehört und ohne die sie gar nicht vorstellbar sind, dann erscheint es fraglich, ob von diesem als Einheit gedachten und als Einheit dem Art. 12 unterfallenden Beruf ein diesen Beruf notwendig konstituierendes Element einseitig abgetrennt werden kann. Die Feststellung, dem Staat werde die Dispositionsbefugnis über Staatsfunktionen genommen, erscheint dann ungenau und sogar willkürlich.<sup>501)</sup> Viel näher liegt die Frage, ob der Staat in diesen Fällen überhaupt die Dispositionsbefugnis behalten wollte. Denn zweckmäßigerweise hätte er sich die Dispositionsbefugnis dann schon bei der Schaffung der Berufsbilder vorbehalten. Die Tatsache, daß er darauf offensichtlich verzichtet hat und nach seiner Vorstellung zum Berufsbild des Bezirksschornsteinfegermeisters z.B. die Wahrnehmung staatlicher Funktionen notwendig gehört, legt den Schluß nahe, daß er sich freiwillig dieser Funktionen begeben und auf die Ausübung gleich-

---

500) BVerfGE 7, 406; 17, 232(241); DÖV 1961, S.862; BVerwG DÖV 1966, S.199; ebenso wohl Bachof, Freiheit, S.189

501) Das steht im Widerspruch zu der Feststellung, damit daß der Staat Funktionen aus der von ihm beherrschbaren Ämterorganisation entlassen habe, habe er sie auch zugleich aus seiner Organisationsgewalt entlassen, DÖV 1963, S.678(681). Dann wird dem Staat die Dispositionsbefugnis also nicht "genommen"!

sam verzichtet hat. Das gilt jedenfalls, solange kein neues Berufsbild fixiert wird. Dann bereitet es auch keine Schwierigkeiten, diese "Staatsfunktionen" dem Schutz des Art. 12 zu unterstellen. Das gilt um so mehr, als dies schon dem Gesetzgeber bei der Schaffung der Berufsbilder einschließlich der Wahrnehmung der Staatsfunktionen vorgeschwebt hat.

Denn private Elemente und Staatsfunktionen bilden zusammen das einheitliche Bild des Berufes. Dieser Bestand ist garantiert<sup>502)</sup>. Es ist nicht überzeugend, diese Berufe einerseits zu garantieren, andererseits wieder der Dispositionsbefugnis des Staates zu unterstellen. Damit würde der Staat gleichsam mit der einen Hand nehmen, was er mit der anderen gegeben hat.

Die einheitliche Erscheinung des Berufs zwingt zu einer einheitlichen Betrachtung. Sie wird vom Gesetzgeber durch die Fixierung der Berufsbilder vorausgesetzt und gefordert. Unter diesem Aspekt sind die gebundenen Berufe deshalb zu betrachten. Wollte man nur auf die Staatsfunktionen abstellen, so hätte dies zur Folge, daß zwei Verfassungsartikel, Art. 12 den "Beruf", Art. 33 II die Staatsfunktionen, eine "Lebenserscheinung" - und zwar einander widersprechend - regeln würden. Die Einheitlichkeit wäre gesprengt<sup>503)</sup>. Das Bekenntnis zu Art. 12 GG - hinsichtlich des "privaten" Berufs - wäre eine leere Deklamation<sup>504)</sup>, Art. 12 würde praktisch leerlaufen. Denn von einer eigentlichen Berufswahl könnte eben nicht gesprochen werden<sup>505)</sup>. Die an sich zutreffende Prämisse Rupps, Staatsfunktionen könnten in den grundrechtlichen Schutz nicht einbezogen werden, ist für den Bereich der staatlich gebundenen Berufe deshalb abzulehnen.

502) Vgl. Bachof, Freiheit, S. 165

503) Das erkennt auch Maunz, wenn er sagt, daß für eine bestimmte Tätigkeit immer nur eine der beiden Vorschriften (Art. 12 oder Art. 33) maßgebend sein könnte, Maunz-Dürig, GG, Art. 33 Rdn. 13, S. 11 FN 1 a.E.

504) Vgl. die Kritik an der Rspr. des BVerfG oben S. 73

505) Vgl. die Rspr. des BVerfG und des BVerwG

6. Auch die Ausführungen Römers vermögen nicht zu überzeugen.

a) Das öffentliche Amt

Bedenken gegen die von Römer geprägte "Doppelnatur-Theorie" sollen an dieser Stelle zurücktreten. Die daran geknüpfte Rechtsfolge, die Ausübung staatlicher Tätigkeit werde allein von Art. 33 II GG erfaßt, setzt zweierlei voraus:

1. Die dem Staat vorbehaltenen Berufe müssen Träger eines öffentlichen Amtes sein.
2. Dieses öffentliche Amt muß mit dem des in Art. 33 gemeinten öffentlichen Amtes identisch sein.

Letzteres ist keineswegs selbstverständlich. Denn über die Bedeutung dieser Bezeichnung besteht keine begriffliche Klarheit. So verwendet allein das geltende Beamtenrecht den Begriff des Amtes in dreifacher Bedeutung, wie Hagemann nachgewiesen hat<sup>506)</sup>.

Der Entwicklung des Amtsbegriffs kann an dieser Stelle jedoch nicht bis in alle Einzelheiten nachgegangen werden.

Im Anschluß an Wolff<sup>507)</sup> kann daher Amt i.S. von Amtsstelle als "institutionell bestimmter, unabhängig von der Person des Amtswalters (institutionalisierter) gebildeter Aufgabenkreis eines Menschen im Dienste anderer" definiert werden<sup>508)</sup>. Zu jedem Amt gehört eine Zuständigkeitsregelung. Zum Amt - im normativen Sinne - gehört deshalb die (Wahrnehmungs)Zuständigkeit des Amts-

---

506) In ZBR 1960, S.137; auch Wolff, LbII §73I, S.21

507) Lb.II § 73Ic1, S.22

508) Zu eng deshalb Rasch, VerwArch.50, S.10, der nur Aufgaben- und Zuständigkeitskreise eines Gemeinwesens als Amt bezeichnen will; das gilt auch für Merk, Lb., S.424, der Ämter nur Beamten übertragen wissen will. Ebenso Peters, Lb., S.116: Amt als Funktionskreis eines Beamten oder Angestellten. Ebenso auch Leppke, DVBl.1966, S.135(136); und Köttgen, S.136. Zutreffend dagegen Forsthoff, Lb. § 22 2b, S.391; Die Natur des Amtes ist weder durch die Art der wahrgenommenen Dienstgeschäfte noch durch die Rechtsbeziehungen der sie ausübenden Personen gekennzeichnet.

walters, in seinem Aufgabenkreis rechtserheblich zu handeln<sup>509)</sup>. Dabei ist es für den Amtsbegriff unerheblich, ob der Walter öffentlich-rechtliche Kompetenzen eines Hoheitsverbandes im eigenen Namen und damit für eigene Rechtswirkung oder im fremden Namen wahrnimmt<sup>510)</sup>. Auf die "Zurechnungssubjektivität<sup>511)</sup> der Kompetenzen kommt es nicht an<sup>512)</sup>. Dieses Kriterium wurde auch bisher nicht für den Begriff des "Amtes" vorausgesetzt<sup>513)</sup>. Entscheidend ist vielmehr die Wahrnehmungszuständigkeit, also die den Waltern zustehende rechtlich erhebliche Macht, nicht eigenzugehörige Rechte und Pflichten zu verfolgen<sup>514)</sup>. Die Zurechnung der Funktionen entscheidet deshalb nicht über den Amtscharakter<sup>515)</sup>.

---

509) Wolff, Lb.II § 73 Ic, S.22; Römer, S.19

510) Vgl. Wolff, Lb.II § 72 Ic1, S.11, § 73 I, S.22 und ausdrücklich S.24 für die Beliehenen

511) Dazu Wolff, Lb.I § 32 II, S.158

512) So aber bayVerfGH AS 4, 30(48)

513) Vgl. die in FN 439 Genannten

514) Wolff, Lb.II § 73 2, S.10

515) Deshalb ist die vom bayVerfGH (AS 4, 48) gegebene Begründung, der RA sei deshalb kein Amtsträger, weil er seine Funktionen nicht namens des Staates und mit Wirkung für diesen wahrnehme, unrichtig. Wenn die Entscheidung im Ergebnis die Frage des Amts für den RA zutreffend verneint hat, so deshalb, weil der RA den "institutionalisierten Aufgabenkreis" (schon diese Voraussetzung ist fraglich) nicht im "Dienste anderer" wahrnimmt. Das darf nicht i.S. eines öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Dienstverhältnisses verstanden werden. Insofern ist die Formulierung von Wolff (a.a.O., S.22) mißverständlich. Im Dienste anderer bedeutet "ein Verpflichtet-Sein" gegenüber einem übergeordneten Subjekt infolge eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses i.w.S. Ein Beispiel für ein solches ist der beliehene Unternehmer (so auch Badura, Verwaltungsmonopol, S.254). Ihre obrigkeitlichen Befugnisse sind Delegationen des Staates; "indessen Dienst" nehmen sie ihre Aufgaben wahr.

Daher sind sowohl die Beamten, die im fremden Namen handeln, als auch die Beliehenen, die im eigenen Namen handeln<sup>516)</sup>, einbegriffen. Es gibt also Amtsträger, die im eigenen Namen handeln<sup>517)</sup>.

Eine weitere Unterscheidung läßt sich noch nach der Art der Subjekte, die Zuständigkeiten wahrnehmen, treffen. Es gibt Ämter, die von der Person des jeweiligen Amtsinhabers rechtlich unabhängig sind<sup>518)</sup>. Sie werden in der Regel von Beamten wahrgenommen<sup>519)</sup>. Daneben gibt es aber auch Ämter, deren Kompetenzen durch bestimmte natürliche oder juristische Personen wahrgenommen werden. Dies sind die sog. personellen Ämter<sup>520)</sup>. Sie sind an die Person des Amtswalters geknüpft und haben höchstpersönlichen Charakter. Sie können von Beamten wie Nichtbeamten wahrgenommen werden<sup>521)</sup>. Diese Unterscheidung hat Bedeutung für die Träger beliehener Verwaltung. Denn der Beliehene nimmt als private physische Person einen Komplex hoheitlicher Zuständigkeiten wahr<sup>522)</sup>. Alle oben gefundenen, den Begriff des öffentlichen Amtes konstituierenden Merkmale: Institutionalisierte Aufgabenkreis, Wahrnehmung für eine Institution<sup>523)</sup> im eigenen Namen,

---

516) Ebenso Kruse, Diss., S.44

517) Irrig also BVerwGE 2, 151(153), das meint, der Inhaber eines öffentlichen Amtes könne nicht Inhaber eines "freien" Berufes sein. Ebenso wohl Köttgen, S.145, 148 und Dagtoglou, S.21, 22, 24. Das Amt als institutionalisierter Aufgabenkreis ist aber gerade von der Person unabhängig.

518) Wolff, Lb.II, § 72Ic2, S.11

519) Amt i.S. Merks, S.422 und Köttgens, S.136: "Die Übertragung eines Amtes setzt demnach eine "Incorporation" seines Inhabers voraus".

520) Vgl. Wolff, Lb.II § 72Ic1, S.11; Jonas, DNotZ 1937, S.177/78; Seybold-Hornig, Komm., § 1 Rdn.7, S.49

521) a.a.O., Mayer, Lb.II, S.141: "Kein Amt ohne öffentliche Dienstpflicht"; das Rechtsverhältnis, auf Grund dessen Personen Amtsgeschäfte verrichten, ist jedoch für den Charakter des Amtes nicht relevant. Dagegen auch Forsthoff, Lb. § 22 2b, S.390

522) Wolff, Lb.II § 73IIb, S.24

523) "Im Dienste anderer", Wolff, a.a.O., S.22

Personalität treffen bei ihm zusammen. Das rechtfertigt es, Träger staatlich gebundener Berufe mit Beleihung als öffentliche Amtswalter zu bezeichnen<sup>524)</sup>.

b) Art. 33 II GG

Die Amtswalterqualität des Trägers eines staatlich gebundenen Berufes mit Beleihung kann somit kaum bestritten werden. Die direkte Anwendung des Art. 33 II ist dennoch zweifelhaft. Zwar gewährt Art. 33 II Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Es ist jedoch nicht selbstverständlich<sup>525)</sup>, daß der Begriff in Art. 33 II mit dem hier gefundenen Amtsbegriff als einem auf einen Menschen bezogenen institutionalisierten Komplex von personellen oder abstrakten Wahrnehmungszuständigkeiten, die von dem Amtswalter im eigenen oder fremden Namen verfolgt werden können, übereinstimmt.

Das wird allerdings von der überwiegenden Meinung in Schrifttum<sup>526)</sup> und Rechtsprechung<sup>527)</sup> angenommen.

Klein<sup>528)</sup> führt dazu aus, der Begriff des öffentlichen Amtes sei "weit zu fassen": er umfasse jeden durch öffentliche Berufspflichten gekennzeichneten Beruf. Eine Begründung wird, wie auch sonst, nicht gegeben.

Die Frage einer engen oder weiten Auslegung des Art. 33 II konkretisiert sich dahin, ob in Art. 33 jeder Trä-

---

524) Ebenso Wolff, a.a.O., S.24, 305; Römer, S.19/20; Kruse, Diss., S.6 für Notar; im Ergebnis auch v.Mangoldt-Klein, GG, Art.33 IV4, S.807; Jonas DNotZ 1937, S.177; Vollmer-Schwarz, BNotO, § 2, Anm.2, S.36; Seybold-Hornig, BNotO, § 1 Rdn.7, S.49

525) Auch Maunz betont den eigenständigen Sinn des öffentlichen Amtes i.S. Art.33 GG, Maunz-Dürig, GG, Art.33 Rdn.12

526) v.Mangoldt-Klein, Art.33 IV4, S.807; Hamann, GG, 1.Aufl., Art.33GG2, S.216

527) Württ.Bad.VGH NJW 1950, S.837/838; OLG Neustadt, JZ 1951, S.231(232); Die von v.Mangoldt-Klein, a.a.O., S.808 als entgegengesetzte Meinung angeführten Urteile des BVerwGE 2, 153 und des bay VerfGH AS 4, 48 verneinen im konkreten Fall bereits die Amtswalterqualität, ohne Eingehen auf Art.33 GG

528) In v.Mangoldt-Klein, a.a.O., S.807

ger eines öffentlichen Amtes im weitesten Sinne gemeint ist, oder ob nach Funktion und Stellung des Verfassungsartikels der Amtsbegriff in einer ganz spezifischen Bedeutung verstanden werden muß.

Hiernach erscheint die weite Auslegung, wonach der Begriff des Amtes jeden durch öffentlich-rechtliche Berufspflichten gekennzeichneten Beruf umfasse, bedenklich<sup>529)</sup>. Denn es gibt kaum Berufe, denen nicht einige öffentlich-rechtliche Pflichten auferlegt sind<sup>530)</sup>. Eine gefährliche Ausuferung des Art. 33 wäre die Folge. Art. 12 würde für viele Berufe bedeutungslos werden<sup>531)</sup>. Diese Auffassung verkennt sowohl die Bedeutung des Art. 12 wie die des Art. 33<sup>532)</sup>.

Mit dem verfassungsrechtlichen Begriff des öffentlichen Amtes hatte sich schon das Schrifttum zur Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919<sup>533)</sup> zu befassen. Art. 128 I enthält eine inhaltlich mit Art. 33 II GG im wesentlichen übereinstimmende Regelung. Die damals herrschende Meinung<sup>534)</sup> verstand unter Ämtern alle Ämter des Staates, der eingegliederten Selbstverwaltungskörper, Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts. Man ging als selbstverständlich davon aus, daß die Innehabung eines Amtes die "Inkorporation" seines Inhabers voraussetzt. Zum Amt gehörte der Beamte, jedenfalls im verfassungsrechtlichen Sinne<sup>535)</sup>. Dieser Amtsbegriff lag offensichtlich auch den Beratungen des Parlamentarischen Rates zugrunde. Nach

---

529) Ablehnend auch Maunz, a.a.O., Rin.13

530) Rinck, S.68

531) Diese Auffassung würde überdies der Rechtsprechung des BVerfG widersprechen; darauf weist auch Hamann, a.a.O., S.255 hin.

532) Dem Klein, a.a.O., S.805 gerade geringe praktische Bedeutung nachsagt. Seine Interpretation hätte, wie gesagt, das Gegenteil zur Folge.

533) RGB.l. Nr.152, S.1383-1418

534) Vgl. Anschütz, Art.128 Anm.7, S.587;

Giese, Art.128 Anm.1, S.273

535) Davon geht offenbar auch Ule, Dienst, S.584 f. aus.

den Erläuterungen des Vorsitzenden des Grundsatzausschusses, des Abg. v.Mangoldt, sollte unter öffentlichem Amt sowohl das Amt des Beamten wie das des Ehrenbeamten verstanden werden<sup>536)</sup>. Der Gedanke an eine "weite" Auslegung tauchte, worauf schon diese Bemerkung hindeuten vermag, auch in den Beratungen nicht auf.

Nun kann die Entstehungsgeschichte der Verfassung nur ein Indiz für die Auslegung sein und allenfalls Hinweise geben<sup>537)</sup>. Es steht jedoch nach den Materialien fest, daß Art. 33 II im Anschluß an Art. 128 I WRV die enge Fassung des öffentlichen Amtes zugrunde liegt. Nur eine solche Auslegung wird Art. 33 darüberhinaus gerecht. Das zeigen Stellung und Gesamteindruck des Art. 33.

Art. 33, der sog. Beamtenartikel, ist gekennzeichnet durch die grundsätzliche Regelung des Rechts des öffentlichen Dienstes<sup>538)</sup>.

Die Beamten stehen in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis zum Staat, die Angestellten des öffentlichen Dienstes in einem Dienstverhältnis zu ihrem Dienstherrn<sup>539)</sup>. Beide kennzeichnet die Bindung durch ein spezifisches Rechtsverhältnis. Beide sind in die Staatsorganisation "eingegliedert". Damit stehen sie zu den staatlich gebundenen Berufen mit Beleiuhung in einem deutlichen Gegensatz. Diese sind aus der staatlichen Organisation ausgegliedert. Sie stehen in keinem irgendwie gearteten Dienstverhältnis zum Staat. Vielmehr überwiegt bei ihnen das

---

536) Vgl. JÖR I NF (1951), S.311;

Jess, in BK, Art.33, Anm.I, S.2

537) Vgl. die Nachweise zur Rspr. des BVerfG bei Leibholz-Rinck, GG Einf. Rdn.1, S.3

538) Zu dem Meinungsstreit, ob auch Angestellte zum Öffentlichen Dienst i.S. Art.33 V gehören, braucht hier nicht Stellung genommen zu werden. Dazu v.Mangoldt-Klein, GG, Art.33 VIII1, S.813; Hamann, GG, Art.33 B5, S.257; BVerfGE 3, 162(185) einerseits und Wacke, Grundlagen des öffentl. Dienstrechts (1956), S.27 f.;

Thieme, Dienst, S.35 andererseits  
539) Vgl. dazu Wilhelm, DÖV 1966, S.221

privatrechtliche Berufselement. Sie sind Träger eines "privaten" Berufes<sup>540)</sup>.

Die Stellung des Absatz 2 im "Beamtenartikel" deutet bereits darauf hin, daß der Amtsbegriff im verfassungsrechtlichen Sinne die "Inkorporation"<sup>541)</sup> seines Inhabers voraussetzt. Dann können die Träger gebundener Berufe mit Beilehnung, die der Staatsorganisation ausgegliedert sind, kein Amt i.S. des Art. 33 II ausüben. Diese enge Auslegung rechtfertigt sich durch den Zweck und die systematische Stellung des Verfassungsartikels. Denn die Absätze 2, 4 und 5 sind im Zusammenhang zu würdigen. Art. 33 behandelt zwei Fragenkreise: Die Absätze 1-3 enthalten die Gleichberechtigung in staatsbürgerlicher Hinsicht; die Absätze 4 und 5 regeln den öffentlichen Dienst<sup>542)</sup>. Die Verbindung beider Kreise stellt Art. 33 II her<sup>543)</sup>.

---

540) Hoffmann, DVBl. 1964, S.457(459)

541) Köttgen, S.136

542) Vgl. Hamann, GG, Art.33 A1, S.253;  
Wilhelm, DÖV 1966, S.223

543) Demgegenüber betont Maunz die Gegensätzlichkeit beider Fragenkreise, für deren Zusammenfassung in Art.33 kein Grund ersichtlich sei. Maunz-Dürig, GG, Art.33 Rdn.1 und 12. Insbesondere dürften daraus keine materiellrechtlichen Folgerungen und keine Hinweise für eine systematische Interpretation abgeleitet werden (Rdn.1). Der Begriff des öffentlichen Amtes werde in einem vom öffentlichen Dienst der Absätze 4 und 5 unabhängigen Sinn gebraucht. Seine eigene Interpretation wird von der Zweckbestimmung geleitet. Insoweit stimmt er mit der hier vertretenen Auffassung überein. Maunz kommt zu dem Ergebnis, daß Art.33 II eine staatsorganisatorische und eine grundrechtliche Komponente enthalte und das öffentliche Amt nur vom Staat selbst oder einem Träger mittelbarer Staatsverwaltung vergeben werden könne (Rdn.12). Damit nähert sich Maunz jedoch mutatis mutandis der hier vertretenen Auffassung. Das "staatsorganisatorische" Element ergibt sich gerade aus dem Zusammenhang des Absatz 2 mit Absatz 4 und 5. Denn nur insoweit von der Staatsorganisation Amtsstellen eingerichtet sind, können Ämter vergeben werden. Das wird von Maunz an anderer Stelle seiner Kommentierung (a.a.O., Rdn.17, S.14) im Gegensatz zu seinen vorherigen Stellungnahmen auch erkannt, wenn er ausführt, "der Zusammenhang des Abs.II mit dem Recht der Staatsorganisation sei zu bedenken". "Zahl und Art der einzurichtenden Ämter werden nämlich vom Staat bestimmt".

Die Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes<sup>544)</sup> für das Ämterrecht erhält erst durch eine Zusammenschau mit den Absätzen 4 und 5 ihren Sinn: Amtswalterstellen, also Beamtenstellen, stehen nur so viele zur Verfügung, als die vom Staat geschaffene Ämterorganisation Raum bietet<sup>545)</sup>. Nur insoweit ist für eine freie "Berufswahl" Raum<sup>546)</sup>. Auf die "externen" Träger eines Berufes trifft diese Beschränkung nicht zu. Sie haben deshalb keine Amtswalterqualität i.S. des Art. 33 II<sup>547)</sup>. Eine indirekte Anwendung des Art. 33 II auf die staatlich gebundenen Berufe verbietet sich daher. Deshalb ist den Vertretern der engen Auffassung von Art. 33 -

---

Damit ist der Zusammenhang mit dem öffentlichen Dienst aber evident. Öffentliches Amt i.S. des Art. 33 II steht mit dem öffentlichen Dienst der Abs. IV und V im Zusammenhang; andernfalls wäre es nicht einzusehen, warum zwischen öffentlichem Amt i.S. Art. 33 II und zwischen Beruf i.S. des Art. 12 ein klarer Trennungsstrich gezogen werden müßte, so Maunz, a.a.O., Rdn. 13, S. 11 FN 1 a.E.

544) v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33 II 1a, S. 797;  
Ule, Dienst, S. 584

545) Das staatsorganisatorische Element i.S. Maunz, a.a.O., Rdn. 12

546) Vgl. BVerfGE 17, 371 (380)

547) Auch nach Maunz gehören die Träger gebundener Berufe nicht zu den Amtswaltern i.S. Art. 33 II, a.a.O., Rdn. 13. Allerdings sollen die beliehenen Unternehmer doch wieder Amtswalter sein können. Dabei übersieht Maunz, daß staatlich gebundene Berufe und Beliehene keine Gegensätze bilden müssen. - Darüberhinaus ist das Unterfallen der Beliehenen unter den Begriff des Amtes nach Maunz Ausführungen nicht folgerichtig. Denn bei ihnen fehlt die staatsorganisatorische Komponente gerade. Die Zahl der "Ämter" der Beliehenen wird nicht vom Staat bestimmt. Die Beliehenen sind der Staatsorganisation ausgegliedert. Sie vertreten den Staat auch nicht; hierin sieht Maunz die Zweckbestimmung des Art. 33 II, a.a.O., Rdn. 12. Denn sie üben ihre hoheitlichen Kompetenzen im eigenen Namen und für eigene Rechtswirkung aus; vgl. Wolff, Lb. II § 104 Ib, S. 305

dies sind soweit ersichtlich nur Hamann<sup>548)</sup> und neuerdings Maunz<sup>549)</sup> - beizupflichten<sup>550)</sup>. Römer kann deshalb nicht gefolgt werden. Das gilt auch, so weit er der Tätigkeit der staatlich gebundenen Berufe eine Doppelnatur zuschreibt. Eine solche Aufspaltung ist theoretisch und praktisch nicht denkbar. Die Beurkundungs-

- 
- 548) In Abweichung seiner in der 1. Aufl. geäußerten Meinung, Art. 33, B2, S. 255 und im Hinblick auf die Rspr. des BVerfG (E 7, 377), wonach das Grundrecht des Art. 12 auch für die staatlich gebundenen Berufe Geltung hat.
- 549) GG, Art. 33 (8. Ergänzungslieferung) Rdn. 13, S. 11 FN 1,
- 550) Ein Blick auf das Gebiet des Kirchenrechts zeigt, daß die enge Auslegung des Art. 33 II keineswegs eine willkürliche Einschränkung darstellt. Schon in der Weimarer Zeit wurde die Geltung des ähnlich lautenden Art. 128 I WRV für kirchliche Amtsträger verneint, obwohl nicht zu bestreiten war, daß der Begriff des öffentlichen Amtes definitionsgemäß auch die kirchlichen Ämter umfaßt. Die einschränkende Auslegung war dennoch gerechtfertigt. Denn nach Art. 137 III WRV war (und ist, vgl. Art. 140 GG) den Religionsgesellschaften das Selbstbestimmungsrecht gewährleistet; dies umfaßt gerade die Ordnung der Ämter und der Rechtsverhältnisse ihrer Träger. (Anschütz, Art. 128, Anm. 7 S. 587; Giese, Art. 128, Anm. 1, S. 273) Es wäre nun in der Tat widersinnig, wie Anschütz bemerkte, (a.a.O., S. 588) wenn Art. 128 I die Religionsgesellschaften zwingen wollte, bei der Amtsstellung ihrer Amtsträger nicht auf das Religionsbekenntnis zu achten. Diese enge Auslegung des Begriffs "Amt" für die Kirchenämter wird auch unter der Geltung des Art. 33 II GG vertreten. (Vgl. v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33 IV 4, S. 807; Hamann, GG, Art. 33 B2, S. 255; Hesse, S. 86) Genau so widersinnig wäre es aber, so könnte man in Anlehnung an Anschütz sagen, die Berufswahl von Bewerbern staatlich gebundener Berufe auf nicht zur Verfügung gestellte Amtsstellen einer nicht eingerichteten Ämterorganisation des Staates zu beschränken.

tätigkeit eines Notars zum Beispiel läßt sich nicht in eine "staatliche" und eine "private" Tätigkeit zerteilen. Der Beurkundungsvorgang ohne die Grundlage der hoheitsrechtlichen Beurkundungsbefugnis wäre als solcher nicht existent<sup>551)</sup>. Noch oedenklicher sind die verfassungsrechtlichen Folgen. Denn der Doppelnatur soll eine doppelte grundgesetzliche Regelung durch Art. 12 und Art. 33 II entsprechen. Das führt jedoch zu einem Normwiderspruch<sup>552)</sup>. Denn Art. 33 II reduziert das Grundrecht der freien Berufswahl des Art. 12 auf den gleichen Zugang zu einem öffentlichen Amt. Ein Berufsbewerber hat dann nur noch die innere Entschlußungsfreiheit, einen Beruf zu wählen; die Ausübung bleibt ihm gerade verwehrt. Von einer Freiheit kann dann, wie schon ausgeführt<sup>553)</sup>, eben nicht mehr gesprochen werden. Denn die Freiheit der Berufswahl beinhaltet nicht nur die innere Entschlußungsfreiheit, sondern umfaßt notwendig auch das Recht zur Verwirklichung dieses Entschlusses<sup>554)</sup>. Die Wahl muß sich in einem Akt der Ausübungshandlung auch manifestieren können. Berufswahl- und Berufsausübung lassen sich also nicht trennen. Beide Begriffe bilden einen einheitlichen Komplex der Berufsfreiheit<sup>555)</sup>.

Römers Theorie von der Doppelnatur der Tätigkeiten von Trägern gebundener Berufe ist folglich abzulehnen.

---

551) So selbst Römer, S.215

552) Das wird auch von Maunz zutreffend verworfen. GG Art.33 Rdn.13, S.11 FN 1 a.E.

553) Oben, S.74

554) BVerfGE 7, 377(404)

555) BVerfGE 7, 401; Ueber, S.106, 145; Bachof, Freiheit, S.191 f.

## C. Die Bedeutung des Art. 12 I GG

### 1. Vorbemerkung

Die staatlich gebundenen Berufe stehen im Mittelpunkt des uralten Spannungsverhältnisses zwischen Individualinteressen und Gemeinschaftsinteressen. Damit stellt sich die Frage nach der Konfliktlösung. Das BVerfG<sup>556)</sup> hat ausgeführt, daß das Grundgesetz Individuum und Staat gleichermaßen betont und daraus gefolgert, die Spannungssituation lasse sich nicht zu Gunsten des Einen oder Anderen durch "starre Vorrangprinzipien"<sup>557)</sup> lösen. Das ist auch die mit Nachdruck vertretene Meinung von Rupp<sup>558)</sup>. Deshalb schlägt er als adäquate Lösungsmöglichkeit die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips vor.<sup>559)</sup> "Je intensiver grundrechtliche Individualbelange zugunsten von Gemeinschaftsbelangen vom Zugriff des Gesetzes erfaßt werden, umso gewichtiger müssen die Gemeinschaftsinteressen sein, um den Zugriff zu legitimieren". Vorfrage einer solchen Interessenabwägung ist jedoch, daß das "Substrat der Interessen" in seiner Bedeutung klargestellt wird. Denn verglichen werden können nur erkannte Größen. Eine solche Klarstellung kann ergeben, daß der Schutz, den der Verfassungsgesetzgeber beispielsweise dem Individuum in Art. 12 gegeben hat, so umfassend und übermächtig ist, daß der Konflikt von ihm bereits gegen den Staat entschieden ist. Ähnlich scheint Rupp zu überlegen, wenn er sagt<sup>560)</sup>, jedes Grundrecht habe spezifische Freiheitsinteressen im Auge und müsse daher Sorge tragen, daß diese Interessen angemessen geschützt werden.

---

556) E 7, 377 ff.

557) Formulierung von Rupp, Beweisverbote, S.193/194

558) Beweisverbote, S.192 ff.

559) a.a.O., S.194

560) Beweisverbote, S.199

Das setzt für die staatlich gebundenen Berufe eine grundsätzliche Erörterung des Art. 12 voraus. Eine Stellungnahme zu Art. 12 ist umso mehr erforderlich, als von deren Ergebnis abhängig ist, ob die grundsätzliche Geltung oder Nichtgeltung des Art. 12 für die staatlich gebundenen Berufe zu vertreten ist oder nicht.

Ist aber erst die Geltung des Art. 12 auch für die gebundenen Berufe als zutreffend erkannt, so ist es, wie bei der Darstellung der bisherigen Stellungnahmen gezeigt wurde, nicht angängig, die Möglichkeit der Einschränkung dieses Grundrechts "von außen" her, durch Art. 33, die Organisationsgewalt usw., zu gewinnen.

Die Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen des einzelnen und der Gesamtheit im Bereich des Art. 12 hat der Gesetzgeber im grundsätzlichen bereits selbst vorgenommen.

Das Grundrecht soll die Freiheit des Individuums schützen; die Gemeinschaftsinteressen sind durch den Regelungsvorbehalt des Satz 2 hinreichend geschützt. Bei einer Abwägung ist deshalb von dem grundsätzlichen Vorrang des Freiheitsrechts auszugehen<sup>561)</sup>; die Freiheit ist nur insoweit einschränkbar, als es zum allgemeinen Wohl unerlässlich ist. Die die Berufsfreiheit der staatlich gebundenen Berufe einschränkende Sonderregelungen könnten deshalb dann nur noch an der vom BVerfG entwickelten Stufen- oder Differenzierungstheorie<sup>562)</sup>, der beizutreten ist, gemessen werden.

Die Frage der Geltung oder Nichtgeltung des Art. 12 für die gebundenen Berufe kann deshalb erst nach einer grundsätzlichen Würdigung des Art. 12 beantwortet werden.

---

561) BVerfGE 7, 377(404); 13, 104 ff.

562) E 7, 377 ff.

## 2. Art. 12 I GG

Das einheitliche<sup>563)</sup> Grundrecht der Berufsfreiheit des Bonner Grundgesetzes vom 23. Mai 1949 hat keinen unmittelbaren Vorgänger gehabt<sup>564)</sup>. Zwar gewährte auch die Weimarer Reichsverfassung das Recht zum Betreiben jeden Nahrungszweiges (Art. 111) sowie die Freiheit des Handels und Gewerbes (Art. 151 III). Beide Rechte sind jedoch mit Art. 12 nicht identisch. Auch wurden beide Grundrechte nur nach Maßgabe der Reichsgesetze gewährt. Sie waren damit zwar "reichsgesetzkräftige", aber nicht "verfassungskräftige" Grundrechte<sup>565)</sup>. Demgegenüber geht das Grundgesetz von einem neuen Grundrechtsverständnis aus.

Das Grundrecht der freien Berufswahl kann in nur sehr engen Grenzen vom einfachen Gesetzgeber eingeschränkt werden<sup>566)</sup>; es ist insoweit "verfassungskräftig"<sup>567)</sup>. Sichtbaren Ausdruck fand der Wandel der Grundrechtsauffassung<sup>568)</sup> in der Stellung des Grundrechtskatalogs an der Spitze<sup>569)</sup> der Verfassung; dies hat nicht nur redaktionelle Bedeutung<sup>570)</sup>, sondern ist Ausfluß bewußter Überlegungen, ganz im Gegensatz zu den entsprechenden Artikeln der Weimarer Verfassung (Art. 109 ff.), "die nur pathetische Deklamation ohne rechte Nutzenanwendung in der Rechtspraxis geblieben sind"<sup>571)</sup>.

Dem Bonner Grundgesetz liegt der Gedanke einer verstärkten Geltungskraft der Grundrechte zugrunde. Hamann<sup>572)</sup> spricht sie sogar als entscheidenden Bestandteil der freiheitlich-demokratischen Grundordnung an.

563) BVerfGE 7, 377(401)

564) Vgl. den kurzen historischen Überblick bei Bachof, a.a.O., S. 156 ff.

565) Über, S. 123/124; Bachof, a.a.O., S. 158

566) Vgl. Art. 12 I 2 GG und die Rspr. des BVerfGE 7, 401 f.

567) Bachof, Freiheit, S. 158

568) Dürig, Grundrechtsverwirklichung, S. 80 spricht von der "Aufwertung" der Grundrechte durch das Grundgesetz.

569) Ebenso einige Länderverfassungen: Art. 1, 2 Bad. Württ. Verf.; Art. 1-20 Bremer Verf.; Art. 1-63 he Verf.; 1-19 Rhldph. Verf.

570) Ebenso Hamann, GG Vorb. I vor Art. 1, S. 60

571) siehe S. 98

Dieses "materiale Verfassungsverständnis"<sup>573)</sup> beeinflusste auch die Theorie von den Grundrechten. Früher<sup>574)</sup> verstand man die freiheitgewährenden Grundrechte nur im Sinne eines status negativus. Sie umfaßten nur die Rechte des einzelnen auf Unterlassung staatlicher Eingriffe in seine Freiheitssphäre. Sie waren abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat<sup>575)</sup>. Ihr Grundgedanke war der Schutz des einzelnen gegen den als allmächtig und willkürlich gedachten Staat<sup>576)</sup>.

Diesen Sinn als gegen die staatliche Exekutive gerichtete Rechte<sup>577)</sup> haben die Grundrechte des Grundgesetzes auch heute noch. Doch ihre Bedeutung geht über den Charakter bloßer Abwehrrechte hinaus<sup>578)</sup>. Sie haben positiven Inhalt<sup>579)</sup>. Der Verfassungsgesetzgeber hat im Grundrechtsabschnitt eine objektive Wertordnung aufgerichtet<sup>580)</sup>. Das Grundgesetz will keine wertneutrale Ordnung sein<sup>581)</sup>.

---

571) Vgl. Krüger, DVBl. 1950, S. 625; das Reichsgericht bezeichnete demgegenüber die Grundrechte als "Heiligtümer des it. Volkes", RGZ 102, 161 (165)

572) GG, Vorb. vor Art. 1, S. 60

573) Ehmke, VVDStRL 20, S. 64 (69)

574) Vgl. etwa Thoma, S. 619 f.; Forsthoff, Der Staat 5 (1966), S. 7

575) BVerfGE 7, 198 (204)

576) So BVerfGE 1, 97 (104)

577) Geiger, Wandlung, S. 13

578) Zuweit gehend Häberle, S. 20, wenn er meint, Grundrechte seien keine Bereiche in denen Herrschaftsrechte des Staates und öffentlicher Gewalt beschränkt werden. Öffentliche Gewalt übe nur der rechtswidrig handelnde Staat aus. Ablehnend auch Forsthoff, Der Staat, 2, S. 385 (392)

579) Geiger, a.a.O., S. 14;

Wintrich, Eigenart, S. 235

580) BVerfGE 2, 1 (12); 4, 7 (15); 5, 85 (134, 197); 7, 198 (205); 12, 45 (51); BVerwG DGV 1966, S. 199; Geiger, S. 26; v. Mangoldt-Klein, GG, Vorb. BIII 4 vor Art. 1, S. 93; Maunz-Dürig, GG, Art. 1 Rdn. 5; Hamann, GG Vorb. 3 vor Art. 1, S. 61; Ehmke, VVDStRL 20, S. 62; Scheuner, VVDStRL 22, S. 37, 45, 51; Wintrich, Eigenart, S. 235; Böckenförde, S. 17; Häberle, S. 4-8; Bachof, Freiheit, S. 164

581) BVerfGE 4, 7 (17)

Die Verfassung hat sich damit für materiale Grundwerte entschieden<sup>582)</sup>. Sie bestimmt ihren Rang, Inhalt und Verhältnis zu anderen Rechtsgütern<sup>583)</sup>. Im Mittelpunkt dieses Wertsystems steht der Mensch<sup>584)</sup>. Seine Freiheit steht nach dieser Verfassungsordnung in der Reihe der "vorrangigen, besonders zu respektierenden Werte".<sup>585)586)</sup>

Forsthoff hat auf die Gefahren eines Verständnisses der Grundrechte als Werte eindringlich hingewiesen<sup>587)</sup>. Seinen Darlegungen kann eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden<sup>588)</sup>. Das gilt besonders, wenn unter Berufung auf Wertsysteme, Wertordnungen, Grundprinzipien usw.<sup>589)</sup> der Versuch gemacht wird, die Grundrechte einzuschränken<sup>590)</sup>.

Andererseits ergeben Verfassungsnormen aus sich selbst heraus nicht immer einen eindeutigen Sinngehalt. Begriffe, Sätze und Formeln der Verfassung bedürfen wegen der Knappheit der Diktion und ihrer Weite und Unbestimmtheit einer Sinnerfüllung<sup>591)</sup>. Sie sind häufig abstrakt formuliert und können dann im ganzen nur Richtlinien geben<sup>592)</sup>: "Grundrechtsnormen sind Grundsatznormen"<sup>593)</sup>. Die von ihnen aufgestellten Prinzipien bedürfen der Konkretisierung durch Werte. Das heißt, um mit Rupp zu sprechen: "Die Grundrechte sind Grundpfeiler im Gebäude des Rechts", die des Aus- und Aufbaus, der Ausfüllung und Gestaltung bedürfen<sup>594)</sup>.

---

582) Geiger, a.a.O., S.26; Ehmke, VVDStRL 20, S.62

583) Geiger, a.a.O., S.26

584) BVerfGE 7, 198(205); Geiger, a.a.O., S.26

585) Geiger, a.a.O., S.27

586) Grundsätzlich gegen die Auffassung der Grundrechte als Wertsystem Rupp, Beweisverbote, S.172, 192 ff.; ders., Grundfragen, S.242

587) Vgl. die Nachweise oben FN 404 und besonders Der Staat 2 (1963), S.385 f., 388.

Dagegen wiederum Geiger, Wandlung, S.27-29

588) Das erkennen auch Lerche, DVBl.1961, S.692(694) und Ehmke, VVDStRL 20, S.64 an.

589) Vgl. Hoffmann, DVBl.1964, S.460

590) So Werner, oben S.

591) Vgl. Ehmke, VVDStRL 20, S.62; Böckenförde, S.17

592) Vgl. v.Hippel, a.a.O., S.15

593) v.Hippel, a.a.O., S.15

594) Beweisverbote, S.208

Dieser Grundgedanke darf allerdings "interpretativ" nicht überanstrengt werden<sup>595)</sup>. Davor warnen die Ausführungen von Forsthoff<sup>596)</sup>.

Allen Bemerkungen um ein materiales Verfassungsverständnis kann der richtige Grundgedanke entnommen werden, daß mit der Änderung des Charakters der Bonner Verfassung gegenüber früheren Verfassungen die Grundrechte für die ganze Rechtsordnung "grundlegende und richtungsweisende Wertmaßstäbe"<sup>597)</sup> festlegen und sich nicht mehr in einer nur negativen Funktion erschöpfen<sup>598)</sup>.

Das darf nun andererseits nicht dazu führen, die Grundrechte in eine Werthierarchie und ein lückenloses Anspruchssystem umzudeuten<sup>599)</sup>. Die Grundrechte dürfen nicht als über allen Rechtsgebieten sich erhebende "Superkodifikation"<sup>600)</sup> verstanden werden<sup>601)</sup>.

Mit Scheuner<sup>602)</sup> muß die einzelne Grundrechtsverbürgung vielmehr als selbständige Norm angesehen werden, unbeschadet möglicher gedanklicher und geschichtlicher Zusammenhänge. "Der Gegenstand grundrechtlichen Schutzes ist immer gegenständlich begrenzt"<sup>603)</sup>. Wertmaßstäbe werden immer nur für einen bestimmten Lebensbereich festgelegt. Die Grundrechte können deshalb als Wertgrundlage<sup>604)</sup> bezeichnet werden. Sie sind das Substrat vorgezeichneter Maßstäbe für das Zusammenleben der Staatsbürger. Denn die Grundrechte bestehen als negative Statusrechte wie als objektive Werte des Menschen, des einzelnen wegen<sup>605)</sup>; deshalb ist jede Auslegung, die unter Berufung auf Werte und Wertvor-

---

595) Scheuner, VVDStRL 22, S.31

596) Besonders der Staat 2, S.385, 392

597) So Scheuner, VVDStRL 22, S.137; Geiger, Wandlung, S.27; BVerfGE 7, 198(204 f.)

598) Ebenso Geiger, a.a.O., S.14, 26

599) So etwa Dürig in Maunz-Dürig, GG, Art.1 Rdn.5 ff.

600) Formulierung von Scheuner, VVDStRL 22, S.38

601) Ablehnend auch Ehmke, VVDStRL 20, S.82 f., 89 mit Beispielen aus der Rechtsprechung; Graf v. Pestalozza, Der Staat 2, S.436; Scheuner, a.a.O., S.31 ff.

602) VVDStRL 22, S.45 f.

603) Scheuner, a.a.O., S.45

604) Scheuner, a.a.O., S.51

605) Das wird in der Literatur zu wenig beachtet.

stellungen den Grundrechtsschutz des einzelnen einzuschränken sucht, zum Scheitern verurteilt<sup>606)</sup>.

Eine so gezeichnete Wertordnung wird dem neuen Verfassungsverständnis des Bonner Grundgesetzes gerecht<sup>607)</sup>.

In dieser objektiven Wertordnung hat auch Art. 12 seinen Platz und empfängt von daher seine Bedeutung.

Art. 12 liegt eine "klare materielle Wertentscheidung des Grundgesetzes für einen konkreten wichtigen Lebensbereich<sup>608)</sup>" zugrunde. Die Berufsfreiheit hat Bedeutung für die gesamte Lebensführung jedes einzelnen Bürgers. Sie stellt einen Wert von hohem Rang dar<sup>609)</sup>.

Die verfassungsrechtlich gewährleistete Berufsfreiheit kann nicht durch einfache, im Range unter der Verfassung stehende Gesetze, bestimmt werden. Selbst wenn die BNotO oder das HebammenG durch ihre nähere gesetzliche Ausgestaltung die entsprechenden Berufe nicht als Berufe sondern als Amt ansprechen würden, wäre dies nicht verbindlich. Gesetz und Interpret stehen unter der Verfassung.

Die Erwerbstätigkeit verliert die Eigenart eines Berufes i.S. des Art.12 nicht durch eine anders lautende Entscheidung des einfachen Gesetzgebers<sup>610)</sup>.

---

606) S.oben S.72 ff.

607) Damit wird nicht einer "materialen Wertethik" i.S. Nicolai Hartmanns das Wort geredet (vgl. Ethik, 3.Aufl., Berlin 1949, S.250 ff.). Dazu ablehnend auch Schneider, VVDStRL 20, S.22 f. und Scheuner, a.a.O., S.51 und die dort in FN 146 Genannten. Sondern bei diesen den Grundrechten zugrundeliegenden Werten handelt es sich um "traditionelle Maßstäbe eines bestimmten geschichtlich gewordenen und bestimmbar Kulturreises" (Scheuner, a.a.O., S.51), wie sie durch die Entwicklung der Verfassungen überliefert sind. So gesehen sind die Werte real faßbar, beinahe den Rechtsgütern i.S. Forsthoffs, DÖV 1966, S.88, verwandt.

608) BVerfGE 7, 377(404)

609) Manche sehen in Art.12 darüberhinaus die Garantie einer freiheitlichen Berufsordnung i.S. einer Bestandsgarantie, so Bachof, Freiheit, S.165; Scheuner, VVDStRL 22, S.56; A.A.Forsthoff, Der Staat 5 (1966), S.7, 11

610) Vgl. BVerwG DÖV 1966, S.199

Der Berufsbegriff und seine Abgrenzungen können nur durch Auslegung des Art. 12<sup>611)</sup> selbst gewonnen werden.

Die Ausführungen haben gezeigt, daß die Freiheit<sup>612)</sup> des Berufs in die Reihe der vorrangigen, besonders hervorgehobenen Werte gehört<sup>613)</sup>.

In diesem Sinne versteht auch das BVerfG den Begriff des Berufes. Art. 12 I, so führt das BVerfG aus<sup>614)</sup>, gewährleistet dem einzelnen das Recht, "jede Tätigkeit", für die er sich geeignet glaubt, zu ergreifen und so "zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen". Das BVerfG setzt so "Beruf" bewußt "in Beziehung zur Persönlichkeit des Menschen" (Art. 2 I) und gelangt konsequent zu einer weiten Auslegung des Berufsbegriffes.

Unter Beruf ist danach "jede auf die Dauer berechnete und nicht nur vorübergehende, zur Erschaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Betätigung"<sup>615)</sup> zu verstehen.

Der Begriff des Berufs umfaßt grundsätzlich jede sinnvolle erlaubte<sup>616)</sup> Tätigkeit<sup>617)</sup>.

Diese Deutung entspricht der oben vorgetragenen Sicht der Grundrechte im System unserer Verfassung.

In diesem Sinne ist auch die "Tätigkeit des Trägers eines staatlich gebundenen Berufes ein "Beruf". Die gebundenen Berufe tragen alle Merkmale eines "privaten" Berufes. Erlaubniszwang und öffentliche Bindungen können an dieser grundsätzlichen Strukturierung nichts ändern. Sie genießen deshalb den Schutz des Grundrechts der Berufsfreiheit.

---

611) So auch Bachof, Freiheit, S.190

612) Über, S.89: "Abstraktes Freiheitsanliegen des einzelnen."

613) Vgl. Geiger, Wandlung, S.27

614) BVerfGE 7, 377 (397)

615) BVerwGE 1, 48(54); v.Mangoldt-Klein, Art.12 III 2a, S.358 mit umfangreichen Nachweisen.

616) BVerfGE 14, 19(22)

617) Im einzelnen herrscht Streit, vgl. BVerwG DÖV 1966, S.199 ff., m.w.N.

Das ist für die gebundenen Berufe mit Erlaubnis beinahe selbstverständlich. Diese gebundenen Berufe bieten in verfassungsrechtlicher Hinsicht keine herausragende Besonderheit. Für sie ist deshalb die Geltung des Art. 12 eigentlich unproblematisch.

Mit der hier gefundenen Unterteilung des "verwaltungsrechtlichen" Begriffs der staatlich gebundenen Berufe in solche mit Erlaubnis und auf Grund Beleihung kann die Diskussion im folgenden auf letztere beschränkt werden.

Aber auch diese sind an Art. 12 zu messen.

Daran vermag die Tatsache, daß ihre Träger Staatsfunktionen wahrnehmen, nichts zu ändern.

Denn diese sind vom Gesetzgeber in das von ihm fixierte Berufsbild aufgenommen. Damit üben sie eine typische Berufstätigkeit aus, die Art. 12 unterfallen muß. Die staatlich gebundenen Berufe sind prinzipiell in dem Freiheitssatz des Art. 12 I mitenthalten. Daher ist die Fragestellung Herzogs<sup>618)</sup>, unter welchen Voraussetzungen der Staat bestimmte Tätigkeiten in der Weise verstaatlichen dürfe, daß sie nicht mehr in privater Berufstätigkeit, sondern nur noch in Form des öffentlichen Dienstes ausgeübt werden können, schon im Ansatz verfehlt.

Noch bedenklicher ist die Antwort, die Herzog gibt: Für die - von ihm verstaatlichte Berufe genannten - staatlich gebundenen Berufe sei "die Regelung des öffentlichen Dienstes in Art. 33 wesentlich adäquater als die Regelung des Berufes in Art. 12"<sup>619)</sup>.

Denn Art. 33 gibt gerade keine Auskunft darüber, wann dem Staat "die Verstaatlichung" eines Berufes gestattet ist. Die Vorschrift wird erst bedeutsam, wenn die Entscheidung zulässigerweise gefallen ist<sup>620)</sup>.

---

618) Berufsfreiheit, S.158

619) a.a.O., S.158

620) So mit Recht Maunz in Maunz-Dürig, GG, Art.33, Rdn.13

Die Entscheidung über das "ob" enthält allein Art. 12 GG.

Nur und erst die Auslegung des Vorbehaltssatzes des S. 2 kann ergeben, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen Art. 12 wieder einschränkbar ist.

Zusammenfassend kann deshalb die Geltung des Art. 12 auch für die staatlich gebundenen Berufe auf Grund Beleihung festgestellt werden. Der grundsätzliche Ausgangspunkt der Rechtsprechung des BVerfG ist so als zutreffend erwiesen.

#### D. Die Möglichkeiten einer Einschränkung des Art. 12 GG für die staatlich gebundenen Berufe

Als materielle Wertentscheidung des Grundgesetzes für einen konkreten wichtigen Lebensbereich<sup>621)</sup> gilt Art. 12 auch für die staatlich gebundenen Berufe. Nur eine solche Auffassung wird der Stellung der Grundrechte im Bonner Grundgesetz und der besonderen Bedeutung dieses Grundrechts gerecht.

Andererseits huldigt das Grundgesetz, obschon es sich zu der "Unantastbarkeit der Menschenwürde" (Art. 1 I) und zu den "unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten" (Art. 1 II) bekennt<sup>622)</sup>, keinem extremen Individualismus. Die grundrechtlichen Freiheiten dürfen nicht absolut verstanden werden<sup>623)</sup>. Keine Grundrechtsnorm gilt deshalb uneingeschränkt. Jedes Grundrecht hat gewisse Grenzen<sup>624)</sup>. Positivrechtlich haben diese bei Art. 12 einmal in dem Regelungsvorbehalt des Satz 2 ihren Niederschlag gefunden. Dieser Gesetzesvorbehalt berechtigt den Gesetzgeber "herge-

---

621) BVerfGE 7, 404

622) Dazu Fechner, S. 1 ff.;  
v. Mangoldt-Klein, Vorb. BXV, S. 121

623) Vgl. Über, S. 190

624) Vgl. etwa Klein, a.a.O., S. 120 f.;  
Maunz-Dürig, GG, Art. 2 I Rdn. 69, jeweils  
mit Nachweisen.

brachtermaßen"<sup>625)</sup> zu echten Eingriffen in die Grundrechtssphäre<sup>626)</sup>, wenn auch hier die gesetzlichen Eingriffe nach den Worten des BVerfG in engen Grenzen gehalten werden sollen<sup>627)</sup>.

Schranken der Grundrechtsbestimmungen ergeben sich jedoch nicht nur aus den ausdrücklichen Regelungen ihrer Einschränkungbarkeit, sondern bereits "aus der Art und Weise der verfassungsrechtlichen Gewährleistung selbst",<sup>628)</sup> den sog. immanenten Grundrechtsschranken<sup>629)</sup>. Auch die Berufsfreiheit der Träger gebundener Berufe ist deshalb einschränkbar. Davon geht selbstverständlich auch das BVerfG aus. Es führt aus, daß für die staatlich gebundenen Berufe Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 möglich sind, die sich durch die Heranführung an den öffentlichen Dienst rechtfertigen<sup>630)</sup>. Die Einschränkung ergebe sich aus der Natur der Sache<sup>631)</sup>: Denn die Zahl der Arbeitsplätze wird durch die Organisationsgewalt bestimmt<sup>632)</sup>. Eine freie Berufswahl sei deshalb nur im Rahmen der vom Staat geschaffenen Amterorganisation möglich<sup>633)</sup>. Diese Stellungnahmen sind nicht gerade durch eine strenge Systematik gekennzeichnet. Es läßt sich ihnen nicht entnehmen, in welche Schranken das BVerfG die Einschränkung des Art. 12 für die gebundenen Berufe einordnen will. Sicher ist eigentlich nur, daß das BVerfG den Regelungsvorbehalt des Satz2 des Art. 12 nicht meint.

---

625) Maunz, Staatsrecht, S.100

626) Klein, a.a.O., S.131; Hamann, GG Art.19 B2, S.194; Bachof, Freiheit, S.208; Häberle, S.128; BVerfGE 7, 377(400,403)

627) BVerfGE 7, 377(400f.)

628) Klein, a.a.O., S.121

629) Vgl. dazu auch Rupp, Beweisverbote, S.208; Kimminich JZ 1965, S.739(744)

630) E 7, 377(398)

631) Vgl. E 16, 6(22)

632) E 7, 377(398)

633) E 17, 371(380). Es sei noch einmal darauf hingewiesen, daß die Zitate aus der Rechtsprechung des BVerfG staatlich gebundene Berufe auf Grund Beleihrung, nach der Terminologie des Gerichts solche Berufe, die originäre Staatsaufgaben wahrnehmen, betreffen.

Kein Wort in den einschlägigen Entscheidungen deutet darauf hin. Die aus dem Satz 2 entwickelte Stufen-theorie wendet das BVerfG auf die staatlich gebundenen Berufe gerade nicht an<sup>634)</sup>.

Auf die damit verbundene methodische Inkonsequenz wurde bereits hingewiesen.

Nun könnte allerdings die Auffassung des BVerfG damit gerechtfertigt werden, daß man mit einer Lehrmeinung sagt<sup>635)</sup>, "der Gesetzgeber dürfe .... ein Freiheitsinteresse beeinträchtigen, wenn und soweit dies zum Schutze von Interessen erforderlich ist, die nach der objektiven Wertordnung der Verfassung als höherwertig anzusehen sind" und so dem Gesetzgeber eine Einschränkungsmöglichkeit über die Vorbehaltsschranke einer Verfassungsnorm hinaus zubilligt.

Es soll hier mit einem Verweis auf die Schrankenproblematik der Grundrechte sein Bewenden haben. Immerhin können diese Fragen nicht gänzlich außer acht gelassen werden, will man nicht einer totalen Relativierung der Grundrechte das Wort reden. Die bisherigen Untersuchungen haben bereits gezeigt, daß das BVerfG die Auslegung des Grundgesetzes "äußerst geschmeidig"<sup>636)</sup> handhabt.

Die methodischen Bedenken, die gegenüber der Rechtsprechung des BVerfG bestehen, wenn von der grundsätzlichen Geltung des Art. 12 für die gebundenen Berufe ausgehend der Regelungsvorbehalt des Satz 2 und die dadurch gesetzten Grenzen einfach überspielt werden, soll jedoch zurückgestellt werden. Es soll im folgenden gezeigt werden, daß auch die sachlichen Argumente dieser Rechtsprechung nicht zu überzeugen vermögen.

---

634) Davon macht allerdings E 7, 377(398) eine Ausnahme. Die Verfassungsmäßigkeit einer landesgesetzlichen Bedürfnisprüfung für Apotheker wird verneint, ohne daß in der Sache auf das Problem der geb. Berufe eingegangen wird. Dies hat das BVerfG offensichtlich übersehen. So auch Hoffmann, DVBl. 1964, S.457(458 FN 24)

635) v.Hippel, S.40, dazu kritisch Kimminich, JZ 1965, S.739(744)

636) Ossenbühl, DÖV 1965, S.649(653)

Zwei Elemente der Begründung stehen dabei im Vordergrund: Art. 33, wobei offen bleibt, ob Abs. 2 oder 5, analoge oder direkte Anwendung gemeint ist, und (oder) die Organisationsgewalt. Darauf ist näher einzugehen.

### III. Analogie oder extensive Auslegung

Die Formulierungen des BVerfG<sup>637)</sup>, die Heranführung an den öffentlichen Dienst lassen für die staatlich gebundenen Berufe Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 zu, machen nicht hinreichend deutlich, auf welchem Auslegungswege das Gericht zu diesem Ergebnis gelangen will.

Das Gericht könnte mit diesen Ausführungen nur eine Klarstellung der Gedanken des Art. 33 gegenüber einem etwa zu engen Ausdruck<sup>638)</sup> gemeint haben.

Dann hätte es eine ausdehnende (extensive) Auslegung verfolgt. Eine weite Auslegung ist eine solche, "die über den Wortsinn hinausgeht"<sup>639)</sup>.

Sie setzt voraus, daß der Wortlaut des Gesetzes sich nicht mit seinem Sinn deckt: Sein Wortlaut bleibt hinter der rechtspolitischen Zielsetzung zurück<sup>640)</sup>.

Allerdings darf die extensive Auslegung nicht den Wortsinn des Gesetzes überschreiten<sup>641)</sup>; sie hat sich in dessen engen Grenzen zu halten<sup>642)</sup>. Das unterscheidet sie von der Analogie, die den Gedanken des Gesetzes weiter entwickelt, den Wortsinn überschreitet<sup>643)</sup>. Deshalb sind an den Analogieschluß weitere und strengere Anforderungen zu stellen<sup>644)</sup>.

Es fragt sich deshalb, ob der Ausdruck des Art. 33 zu eng ist, und die Ausführungen des BVerfG also nur eine Klarstellung des Gesetzesgedankens sind. In Art. 33 werden zwei Fragenkreise behandelt<sup>645)</sup>.

---

637) E 7, 377 (398)

638) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Lb. § 58 II 2, S. 340

639) Larenz, S. 259; Bartholomeyczik, S. 71

640) Bartholomeyczik, S. 75

641) Canaris, Feststellung, S. 25

642) Engisch, S. 104; Larenz, S. 260; Bartholomeyczik, S. 80; Enneccerus-Nipperdey, § 58 II 2, S. 340; Keller, S. 72

643) Vgl. die Nachweise Anm. 642

644) Dazu s. unten S. 110 ff.

645) Vgl. Hamann, GG, Art. 33 A1, S. 253; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 33 II 1a, S. 798; Maunz-Dürig, GG Art. 33, Rdn. 1

In Abs. I - III allgemeine staatsbürgerliche Rechte als Anwendungsfall des allgemeinen Gleichheitssatzes<sup>646)</sup>, in Abs. IV und V der öffentliche Dienst. Die beiden Fragenkreise stehen jedoch nicht, wie oben<sup>647)</sup> bereits ausgeführt, beziehungslos nebeneinander<sup>648)</sup>. Vielmehr stellt Abs. II eine Verbindung beider her. Hier hat der Gleichheitssatz im Hinblick auf den Zugang zu den öffentlichen Ämtern seine Konkretisierung erfahren<sup>649)</sup>. Daraus kann geschlossen werden<sup>650)</sup>, daß der Begriff des öffentlichen Amtes in einem von den öffentlichen Dienst der Abs. IV und V abhängigen Sinn gebraucht wird. Klein<sup>651)</sup> geht sogar ausdrücklich davon aus, daß Art. 33 II aktives Statusrecht der Organwalter nur im Bereich des Abgeordneten- und Beamtenrechts ist. Kennzeichnend ist deshalb das Bestehen eines Dienstverhältnisses zum Staat selbst oder einem Träger mittelbarer Staatsverwaltung<sup>652)</sup>. Deshalb gehören die Träger staatlich gebundener Berufe nicht zu den öffentlichen Amtswaltern<sup>653)</sup>. Die Zweckbestimmung dieser Vorschrift setzt den engen Begriff voraus. Dann kann Art. 33 II auch nicht in Folge der Klarstellung der diesen Artikel zugrundeliegenden Gedanken auf die staatlich gebundenen Berufe erstreckt werden. Damit verbietet sich eine extensive Auslegung des Art. 33 GG.

---

646) Jess in BK Art. 33 II 1, S. 4

647) Oben, S. 122 ff.

648) A. A. Maunz-Würig, a. a. O., Rn. 1

649) So besonders Hamann, a. a. O., S. 263

650) Vgl. im einzelnen oben S. 91

651) a. a. O., Vorb. III c, S. 60

652) Dabei kann offen bleiben, ob Art. 33 V den öffentlichen Dienst in seiner Gesamtheit oder nur das Beamtenverhältnis meint, vgl. dazu Thieme, Dienst, S. 35 f.; BVerfGE 3, 162 (185)

653) Im Ergebnis ebenso Maunz-Würig, a. a. O., Rn. 13

#### IV. Die analoge Anwendung des Art. 33 GG

##### 1. Die Methode des BVerfG

Nach Auffassung des BVerfG<sup>654)</sup> lassen Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 die Wirkung des Grundrechts aus Art. 12 tatsächlich zurücktreten. Dieser Formulierung entnimmt das Schrifttum ohne weiteres<sup>655)</sup>, das BVerfG habe sich in methodischer Hinsicht zur analogen<sup>656)</sup> Anwendung des Art. 33 bekennen wollen.

Das BVerfG hat sich jedoch in dieser Hinsicht nicht eindeutig festgelegt. Ein Hinweis auf die analoge Anwendung des Art. 33 findet sich ausdrücklich an keiner Stelle der einschlägigen Entscheidungen<sup>657)</sup>. Streng genommen kann auch in der Formulierung "in Anlehnung an Art. 33" die analoge Anwendung dieser Bestimmung nicht verstanden werden, wenn man unter Analogie eine ausdehnde Anwendung der aus einer Gesetzesnorm sich ergebenden Prinzipien auf in dieser Norm nicht geregelte, aber rechtsähnliche Fälle versteht<sup>658)</sup>.

---

654) E 7, 377(398)

655) Z.B. Bachof, Freiheit, S.185; Badura, Verwaltungsmonopol, S.257; Rupp, DÖV 1963, S.679 FN 8a; Rinck, S.68

656) Daß zu den anerkannten Auslegungsregeln auch im Verfassungsrecht der Analogieschluß gehört, braucht nicht betont zu werden, vgl. Ermacora, Verfassungsrecht, S.9, 21. Zu den Problemen der hier nicht vorliegenden verfassungswidrigen Gesetzeslücke vgl. Ule, DVBl.1965, S.325; Cornelius, DVBl.1966, S.130; Schneider, DVBl. 1966, S.133

657) E 7, 377(398); 11, 30(40); 16, 6(22); 17, 371(380)

658) So etwa Enneccerus-Nipperdey, Lb. § 58 III, S.339 Vgl.auch die unterschiedlichen, aber in der Sache kaum differierenden Definitionen bei Klug, S.101

Die Stellungnahmen lassen sich auch nicht unter die übrigen Schlußformen der juristisch-dogmatischen Logik wie etwa Umkehrschluß, argumentum a maiore ad minus, argumentum a fortiore, argumentum ad absurdum usw.<sup>659)</sup> bringen.

Damit soll die Auslegungsarbeit des BVerfG in diesem Fall natürlich nicht von vornherein als unlogisch verworfen werden.

Es kann vielmehr davon ausgegangen werden, daß das BVerfG sich mit seinen Formulierungen bewußt nicht hat festlegen wollen. Dies kann mit der "äußerst geschmeidigen Handhabung"<sup>660)</sup> der Auslegung, wie sie das BVerfG verfolgt, erklärt werden.

Manches in den Ausführungen des Gerichts deutet allerdings darauf hin, daß ihm der Sache nach die analoge Anwendung des Art. 33 vorgeschwebt hat.

So vermag die Bemerkung in der Entscheidung vom 11.6.1958<sup>661)</sup>, die Annäherung der staatlich gebundenen Berufe an den öffentlichen Dienst durch die öffentlich-rechtlichen Bindungen und Auflagen<sup>662)</sup> dahin gedeutet werden, daß hierin, wenn auch nicht expressis verbis, ein Kriterium für die Gewinnung eines analogen Obersatzes liegt, das die Anlehnung an Art. 33 rechtfertigt.

In dem Urteil vom 5.5.1964<sup>663)</sup> wird ausgeführt, daß § 4 I BNotO mit Art. 12 vereinbar sei, weil "sachliche Gründe" dafür angeführt werden können<sup>664)</sup>.

Das wird im Rahmen einer ausführlichen Interessenabwägung<sup>665)</sup> weiter verfolgt. Genau diese Erwägungen sind aber auch im Rahmen der Analogie bei der Frage, ob rechtsethisch und rechtspsychologisch vergleichbare Fälle vorliegen, anzustellen.

---

659) Vgl.dazu im einzelnen Klug, passim, besonders S.101-147

660) Ossenbühl, DÖV 1965, S.649(653)

661) E 7, 377(398)

662) Ebenso E 16, 6(22)

663) E 17, 371(379)

664) a.a.O., S.379

665) Daran knüpft Menger, VerwArch.56, S.81 die Frage, ob das BVerfG noch starr an seiner 3-Stufentheorie festhalten wolle!

Schon diese beiden Beispiele zeigen, daß das BVerfG im Grunde genommen doch nach dem analogischen Schlußverfahren verfährt, mag auch die Formulierung "in Anlehnung an Art. 33" zunächst darüber hinwegtäuschen. Zu Recht ist deshalb im Schrifttum das BVerfG zu den Anhängern einer analogen Anwendung des Art. 33 gerechnet worden<sup>666</sup>).

## 2. Die drei Möglichkeiten der analogen Anwendung des Art. 33 GG

Der Rechtsprechung des BVerfG liegt die analoge Anwendung des Art. 33 zugrunde. Mit dieser Feststellung sind jedoch noch nicht alle Zweifel behoben. Denn es bleibt unklar, ob das Gericht Art. 33 einen allgemeinen Rechtsgedanken entnehmen wollte und so eine Rechts- oder Gesamtanalogie vertritt, oder ob seine Ausführungen als analoge Anwendung der Absätze 2 oder 5 des Art. 33 - Gesetzesanalogie - verstanden werden müssen. Denn auch diese Auffassungen werden, freilich ohne Begründung, vertreten<sup>667</sup>), wobei sich die Vertreter beider Auffassungen eigenartiger Weise auf die Rechtsprechung des BVerfG berufen, ohne zu erkennen, daß das BVerfG es gerade vermieden hat, einen speziellen Absatz zu zitieren.

Art. 33 lassen sich also drei Möglichkeiten einer Analogie entnehmen.

Die Rechtsanalogie, der Gedanke hieran liegt angesichts der Unbestimmtheit der Ausführungen des BVerfG am nächsten, geht von der Mehrzahl einzelner Rechts-

---

666) Vgl. Rupp, DÖV 1963, S.679 FN 8a; Bachof, Freiheit, S.185

667) Abs.2: Hamann, Wirtschaftsrecht, S.117; Wolff, Lb.I § 33V12a, S.176; Scheuner, DVBl.1958 S.847; Bachof, Freiheit, S.185  
Abs.5: Leisner, JUS 1962, S.465; Scheuner, S.78  
Menger, VerwArch.51, S.379; ders., VerwArch.56, S.83; Welsch, Diss., S.15; Kraemer, DVBl.1958, S.856; BGHZ 38, 228(235)

vorschriften aus und entwickelt aus diesen einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der sich auch auf die vom Gesetz nicht geregelten Fälle anwenden läßt<sup>668</sup>). Die Rechtsanalogie setzt deshalb voraus, daß die Tatbestände der verschiedenen Gesetzesbestimmungen in bestimmter Hinsicht übereinstimmen<sup>669</sup>), Art. 33 regelt zwei verschiedene, nicht notwendig zusammengehörende Fragenkreise<sup>670</sup>). Zwar stehen beide nicht beziehungslos nebeneinander<sup>671</sup>). Dennoch kann Art. 33 nicht ein einheitlicher und allgemeiner Rechtsgrundsatz entnommen werden<sup>672</sup>). Einer derartigen "Operation" bedarf es auch gar nicht. Denn dieser Rechtssatz könnte schon in Abs. 2 des Art. 33 enthalten sein. Ein pauschaler Hinweis auf Art. 33 macht auch eine logisch-exakte Deduktion kaum möglich. Eine darauf gestützte Argumentation muß zu reinen Wertungen Zuflucht nehmen und wird leicht zu einer "Rechtsfindung aus dem Geiste der Rechtsordnung" oder gemäß der "Natur der Sache"<sup>673</sup>). Eine Rechtsanalogie wäre deshalb abzulehnen.

Eine andere Lehrmeinung will Art. 33 V analog anwenden<sup>674</sup>). Gemäß Art. 33 V GG ist das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln. Damit scheint Abs.5 nicht geeignet zu sein, Art. 12 einzuschränken.

Art. 33 V enthält die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums<sup>675</sup>), soweit es sich in seiner hergebrachten Gestalt dem heutigen Staatsbild einfügen läßt<sup>676</sup>). Zum besondern Bild des deutschen Berufs-

---

668) Vgl. Larenz, S.292; Engisch, S.147

669) Larenz, S.292

670) Maunz-Dürig, GG, Art.33, Rdn.1

671) Vgl. oben S. 91 und Hamann, GG, Art.33 A1, S.253

672) Insoweit könnte Maunz beigestimmt werden, a.a.O., Rdn.1, 12

673) So Larenz, S.293 für die Rechtsanalogie

674) Vgl. die Angaben oben FN

675) Hamann, GG, Art.33 B7a, S.258; v.Mangoldt-Klein, GG, Vorb.AVI3c, S.85; Maunz-Dürig, GG, Art.1 III, Rdn.97, S.46 FN 2

676) BVerfGE 3, 60(137)

beamtentumsgehören erweiterte Einschränkungsmöglichkeiten für Grundrechte<sup>677)</sup>. Mit dem Verweis auf die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums sind deshalb auch die "herkömmlichen" Grundrechtseinschränkungen übernommen<sup>678)</sup>. Denn es gibt kein dem "freien Privatberuf" vergleichbares Berufsfreiheitsgrundrecht der Beamten. Damit wird die institutionelle Garantie "zum Einbruch in das Grundrechtsgefüge" benutzt<sup>679)</sup>. Das steht jedoch im Gegensatz zu Sinn und Zweck dieser Institute. Dieser besteht darin, das subjektive Recht "vor der gesetzpolitisch möglichen Denaturierung"<sup>680)</sup> zu schützen. Die Lehre von den Einrichtungsgarantien wird letztlich in ihr Gegenteil verkehrt<sup>681)</sup>, wenn die Institutionen auch noch dazu benutzt werden, andere Grundrechte einzuschränken<sup>682)</sup>.

Die Bedenken verstärken sich, wenn man mit dem BVerfG aus Art. 33 neben den objektiven Gewährleistungen noch ein im Wege der Verfassungsbeschwerde nach § 90 BVerfGG verfolgbares, grundrechtsähnliches Individualrecht<sup>683)</sup> gegenüber dem Staat entnimmt<sup>684)</sup>.

Denn Grundrechtsverbürgung und Grundrechtseinschränkung können dann - und das gilt gerade im Hinblick auf eine analoge Anwendung des Art. 33 V auf die staatlich gebundenen Berufe - zu problematischen Widersprüchen führen.

---

677) Vgl. Maunz-Dürig, a.a.O., Rdn.72 zu Art.33

678) Kritisch und ablehnend: Leisner, DVBl.1960, S.617(623); bejahend freilich Ule, Dienst, S.618; Schick ZBR 1963, S.67(71); Hamann, a.a.O., S.254, 260; v.Mangolitz-Klein, Vorb. BXVI 3, S.135, 137; Menger, VerwArch.56, S.83

679) So die Formulierung von Menger, VerwArch.56, S.83

680) Dürig, in Maunz-Dürig, GG, Art.1III, Rdn.98

681) Skeptisch wohl auch Forsthoff, Der Staat 5, S.7, 11

682) Dürig, Art.1III, Rdn.98; ebenso auch Menger, VerwArch.56, S.83

683) E 8, 1(17)

684) Bejahend Maunz-Dürig, GG, Art.33, Rdn.82, S.4 FN 4; Ablehnend Ule, Dienst, S.565 f.; Thieme, Dienst, S.67

Menger<sup>685)</sup> zieht deshalb die Konsequenz und will Art. 33 V wenigstens nicht mehr generell zur Grundrechtsdurchbrechung benutzt wissen. Es ist hier nicht der Ort, auf diesen Meinungsstreit näher einzugehen. Mag es auch für das Beamtenverhältnis angehen, die institutionelle Garantie des Art. 33 V zur Grundrechtseinschränkung des Art. 12 zu benutzen<sup>686)</sup>, so erfaßt die institutionelle Garantie doch nicht die staatlich gebundenen Berufe. Die institutionellen Garantien bezwecken die verfassungsrechtliche Gewährleistung bestimmter objektiver Rechtseinrichtungen. So enthält Art. 33 V die Verfassungsgarantie der Institution des Berufsbeamtentums; nur dessen Einrichtung wird durch Art. 33 V gewährleistet. Institutionelle Garantien sind einer Auslegung insoweit wenig zugänglich. Die Garantie des Art. 33 V kann deshalb auf die staatlich gebundenen Berufe nicht erstreckt werden<sup>687)</sup>. Art. 33 V ist deshalb für eine analoge Anwendung auf die gebundenen Berufe nicht geeignet.

Es verbleibt damit nur noch der Abs.2 des Art.33. Art.33 II regelt den Zugang zu öffentlichen Ämtern. Die Zahl der Arbeitsplätze der öffentlichen Ämter ist durch die vom Staat geschaffene Ämterorganisation begrenzt. Damit wird für den öffentlichen

---

685) a.a.O., S.83

686) Ob dies freilich damit ausreichend begründet werden kann, daß Abs.5 auch eine den Gesetzgeber ermächtigende Komponente hat, so Maunz, Art.33 Rdn.72, S.39 FN 4 bei seiner Kritik an Menger, muß bezweifelt werden. Denn die Frage ist doch gerade, ob die Ermächtigung auch Grundrechtseinschränkungen deckt. Die Regelungsbefugnis zur näheren Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses wird selbstverständlich nicht bestritten. Maunz scheint überdies entgegen zu sein, daß Dürig, allerdings noch verschiedener, gleicher Auffassung wie Menger ist. Wie Maunz auch Schick, ZBR 1963, S.71

687) Vgl. zur Bedeutung des Abs. 5 für den öffentlichen Dienst Pieck, DÖV 1966, S.221 und Wilhelm, DÖV 1966, S.217

Dienst die Freiheit der Berufswahl auf den gleichen Zugang aller zu den öffentlichen Ämtern" eingeengt<sup>688)</sup>. Nur soweit der Staat Amtsstellen einrichtet, kann ein Beruf gewählt werden<sup>689)</sup>.

Es liegt nahe, diese Gedankengänge auf die staatlich gebundenen Berufe zu übertragen. Der Abs. 2 des Art. 33 bietet sich zur analogen Anwendung deshalb geradezu an<sup>690)</sup>.

### 3. Die analoge Anwendung des Art. 33 II GG

Entsprechende Anwendung<sup>691)</sup> eines Gesetzes heißt, es

---

688) Ebenso BVerfGE 7, 377(398)

689) BVerfGE 17, 371(380)

690) Ebenso Rupp, Privateigentum, S.17 FN 27; Hamann, Wirtschaftsverfassungsrecht, S.117; Wolff, Lb.1, § 33 Va12, S.176; Scheuner, DVBl.1958, S.847; Badura, Verwaltungsmonopol, S.257; Fischbach, BBG, § 5 Anm.II, S.155; OLG Stuttgart ANwBl.1962, S.302; OVG Münster MDR 1959, S.608.

Auch das BVerfG zitiert an einer Stelle Art. 33 II, E, 7, 377(398)

691) Bedenken gegen eine analoge Anwendung des Art. 33 II könnten sich daraus ergeben, daß diese Bestimmung als Sonderregelung für den öffentlichen Dienst (vgl. Bachof, Freiheit, S.184) eine Ausnahmenvorschrift darstellt. Für Ausnahmenvorschriften wird verschiedentlich die Auffassung vertreten, sie seien ihrem Wesen nach einer Analogie unzugänglich, RGZ 153, 1(23); BGHZ 2, 237(244); 4, 219(224); 11, 135(143); BSGE 1, 56(60). So neuestens OLG Düsseldorf, NJW 1966, S.550(551); vgl. auch Larenz, S.260; Enneccerus-Nipperdey, Lb. § 48 I2, S.297. Der Satz: singularia non sunt extendenda darf heute jedoch als überholt gelten, Canaris, Feststellung, S.181; Klug, S.104. Auch singuläres Recht kann auf die nicht erfaßten Fälle angewendet werden, unter der Voraussetzung allerdings, daß bei ihnen die für den singulären Rechtssatz geltende Ausnahmesituation vorliegt. Soweit also einem Ausnahmesatz ein gegenüber dem allgemeinen Grundsatz engeres Prinzip zugrunde liegt, ist innerhalb dieses Prinzips Analogie gestattet. (BAGE 1, 328(329) Eine Grenze besteht nur dann, wenn die nicht geregelte "Norm" auf Fälle angewendet wird, bei denen die Ausnahmesituation nicht gegeben ist, wenn also die Ausnahme zur Regel verkehrt, das engere Prinzip mittels der Analogie zum allgemeinen gemacht wird.

sinngemäß, seinem rechtspolitischen Zweck entsprechend anwenden<sup>692)</sup>. Mit der Technik der Analogie wird der Wortsinn des Gesetzes überschritten<sup>693)</sup>. Die Gedanken des Gesetzes werden weiter entwickelt. Die Analogie ist somit Rechtsfortbildung<sup>694)</sup>, nicht bloße Auslegung. Von der Schlußform der Analogie ist deshalb ein vorsichtiger Gebrauch zu machen.

Für eine entsprechende Anwendung eines Gesetzes bleibt nur Raum, wenn eine Normlücke vorliegt<sup>695)</sup>. Denn die Analogie findet ihre Rechtfertigung nicht in einer positiven Vorschrift, sondern letztlich im Gleichheitssatz<sup>696)</sup>. Erste Voraussetzung der analogen Anwendung des Art. 33 II auf die staatlich gebundenen Berufe mit Beleihung ist demnach die Feststellung einer Gesetzeslücke.

---

So Engisch, S.297; Canaris, a.a.O., S.181; Kaufmann, JZ 1958, S.9; Bender, JZ 1957, S.593 (594); G. und D.Reinicke, NJW 1952, S.1153. Diese Gefahr besteht bei den staatlich gebundenen Berufen nicht. Denn die Ausnahmesituation, die Art. 33 II für den öffentlichen Dienst schafft, besteht, wegen der Delegation von Hoheitsbefugnissen, auch bei ihnen. Die Erscheinung des gebundenen Berufs mit Beleihung ist selbst ein Ausnahmefall. In dieser Hinsicht bestehen gegen eine analoge Anwendung des Art. 33 II also keine Bedenken.

692) Bartholomeyczik, S.80

693) Vgl. Canaris, Feststellung, S.25

694) Esser, S.253; Enneccerus-Nipperdey, Lb. § 58 II2, S.340; Canaris, S.25

695) Bartholomeyczik, S.81; Engisch, S.137; Esser, S.252 f.; Canaris, a.a.O., S.25; Keller, S.72; Jesch, S.64

696) Keller, S.72; Larenz, S.238; Canaris, a.a.O., S.72 FN 47 m.w.N.

a) Feststellung einer Gesetzeslücke

Die staatlich gebundenen Berufe haben im Grundgesetz keine Erwähnung gefunden. Das Gesetz schweigt also. Von dieser Nichtberücksichtigung könnte man auf eine Gesetzeslücke schließen. Das wäre jedoch ein Fehlschluß.

Nicht immer, wenn das positive Recht keine Regelung getroffen hat, liegt schon eine Lücke vor<sup>697)</sup>. Es gibt auch ein "beredtes" Schweigen des Gesetzes<sup>698)</sup>. Denn das Nichtvorhandensein einer erwarteten, gesetzlichen Regelung kann gerade einem "Plan" des Gesetzgebers entsprechen<sup>699)</sup>. Das Gesetz schweigt dann "planmäßig". In diesem Falle ist es dem Interpreten versagt, eine Lücke anzunehmen, will er sich nicht über das Gesetz stellen. Zum Begriff der Lücke muß also noch hinzukommen, daß es sich bei der fehlenden Regelung nicht um ein "planmäßiges" Nichtvorhandensein<sup>700)</sup>, sondern um eine planwidrige Unvollständigkeit, eine nicht vom Gesetz gewollte Beschränkung handelt<sup>701)</sup>. Das erfordert ein Werturteil<sup>702)</sup>. Denn neben die Feststellung der Tatsache, daß etwas fehlt, tritt das Urteil, daß etwas vorhanden sein sollte. Damit tritt das Urteil in das Reich der Wertungen. Die Wertung muß sich von der eigenen Absicht und dem immanenten Zweck

---

697) Der Begriff der Rechtslücke, ist dabei in der Rechtswissenschaft nicht eindeutig geklärt. Vgl. dazu die ausführlichen Bemerkungen von Keller, S.59-70 und Canaris, Feststellung, S.31-40

698) Larenz, S.279; Bender, JZ 1957, S.593(600); Canaris, a.a.O., S.39

699) Vgl. Engisch, S.138

700) Engisch, S.138

701) Engisch, S.138; Larenz, S.286; Canaris, a.a.O., S.39

702) Vgl. Larenz, S.282; Canaris, a.a.O., S.17, 31

des Gesetzes leiten lassen<sup>703)</sup>.

Zusammenfassend kann damit die Lücke als planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts gemessen an seiner eigenen inneren Absicht und immanenten Teleologie bezeichnet werden<sup>704)</sup>.

Das Grundgesetz schweigt zum Problem der staatlich gebundenen Berufe. Eine "tatsächliche" Lücke ist damit festgestellt. Es bleibt deshalb weiter zu untersuchen, ob diese Lücke auf einer vom Gesetz gewollten Beschränkung beruht, also eine planmäßige Unvollständigkeit vorliegt.

Dabei kann man mit der subjektiven Auslegungstheorie auf den Standpunkt des historischen Gesetzgebers abstellen<sup>705)</sup>, oder mit der herrschenden objektiven Theorie vom heutigen Standpunkt aus nach dem "ob-

---

703) So Larenz, S.286. Wesentlich weiter geht Canaris, S.39, der die Wertung am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung orientieren will. Diese Auffassung geht zu weit. Ein Gesetz kann nur aus sich selbst heraus im Rahmen seiner Grundkonzeption und der Intention des Gesetzgebers gewertet werden. Denn werden Rechtsgedanken aus verschiedenen Rechtsgebieten zur Wertung herangezogen, so kann die Absicht des Gesetzgebers nur allzu leicht in das Gegenteil verkehrt werden. Das mag ein Beispiel verdeutlichen. Gemäß § 18 I Ziff.1 ESTG gehört der Notar zu den freiberuflich Tätigen. Aus dieser gesetzlichen Regelung hatten die Beschwerdeführer in dem Beschluß des BVerfG, E 17, 381 (386) hergeleitet, daß die Notare keine staatlich gebundenen Berufe seien. Dem ist das BVerfG mit Recht entgegengetreten. Denn die steuerrechtliche Behandlung ist für eine verfassungsrechtliche Betrachtung irrelevant. Ein einheitlicher Maßstab der gesamten Rechtsordnung ist deshalb problematisch.

704) Vgl. Larenz, S.286; Canaris, a.a.O., S.39

705) Vgl. Die Nachweise bei Canaris, a.a.O., S.39 FN 100

jektivierten Geist"<sup>706)</sup> des Gesetzes fragen<sup>707)</sup>. Allerdings kommen beide Theorien bei dem Lückebegriff zu nicht wesentlich verschiedenen Ergebnissen<sup>708)</sup>, wie sich gerade bei den gebundenen Berufen zeigen wird.

Es kann angenommen werden, daß dem Verfassungsgesetzgeber die Erscheinung der staatlich gebundenen Berufe bekannt war<sup>709)</sup>. Wenn er dennoch für diese keine ausdrückliche gesetzliche Regelung getroffen hat - nicht einmal in den Beratungen des Parlamentarischen Rates fanden sie Erwähnung<sup>710)</sup> - so könnte daraus der Schluß gezogen werden, insoweit der subjektiven Theorie folgend, der Gesetzgeber wolle es für die staatlich gebundenen Berufe bei der Geltung des Art. 12 belassen, so daß das Nichtvorhandensein der Regelung auf einem Plan des Gesetzes beruhen und also keine Lücke vorliegen würde.

Dieser Schluß ist jedoch bedenklich. Denn es ist nicht erwiesen, daß die fehlende Regelung nicht auf Fehlvorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten beruht, und deshalb eher von einer "planlosen" Regelung gesprochen werden müßte. Dieser Gedanke liegt umso näher, als zwar die Erscheinung der gebundenen Berufe, nicht aber die ihr innewohnende verfassungsrechtliche Problematik bekannt war. Diese besteht erst seit Geltung des Grundgesetzes und besonders seines Art. 12 und wurde erst 1958 auch vom BVerfG<sup>711)</sup> mehr erahnt als erkannt.

---

706) Larenz, S.240

707) So Engisch, S.141; Larenz, S.240;

Canaris, a.a.O., S.39 FN 100.

Ebenso das BVerfG in ständiger Rechtsprechung vgl. die Nachweise bei Leibholz-Rinck, GG, Einf., Rin.1

708) Wie Canaris mit Recht feststellt, a.a.O., S.39 FN 100

709) Immerhin werden sie seit langem diskutiert, s.o. S. 4

710) Vgl. JÜR 1950 I, S.306 f.(311)

711) BVerfGE 7, 377 ff.

Der Blick in die Materiealien führt deshalb nicht weiter, er indiziert eher das Vorliegen einer **Lücke**.

Allerdings könnte die überragende und zentrale Bedeutung, die Art. 12 heute für das Berufsleben besitzt, dazu führen, eine möglicherweise vorhandene Lücke als geschlossen zu betrachten.

Unter dem Blickwinkel der heutigen Rechtslage, angesichts der Interpretation, die Art. 12 in Lehre und Rechtsprechung gefunden hat, könnte daher die Frage nach dem Fehlen einer Ausnahmenvorschrift beantwortet sein, weil Art. 12 nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich auch für die staatlich gebundenen Berufe Geltung hat<sup>712)</sup>. Die primäre Rechtslücke, die schon bei Erlaß des Gesetzes vorhanden war,<sup>713)</sup> wäre nach dieser Auffassung geschlossen. Ein solcher stillschweigender Wandel der Wertungen<sup>714)</sup> ist gut vorstellbar. Denn genau wie Lücken auch noch nachträglich in Erscheinung treten können (sekundäre Lücken)<sup>715)</sup>, ist auch der umgekehrte Vorgang, daß primäre Lücken durch den Wandel der Wertungen geschlossen werden, vorstellbar.

Nach der hier vertretenen Auffassung<sup>716)</sup>, die von der grundsätzlichen Geltung des Art. 12 für gebundene Berufe ausgeht, würde sich deshalb die Annahme einer Lücke verbieten.

Etwas anderes könnte nur gelten, wenn man mit einem Teil der Lehre davon ausgeht, daß sich die Wahrnehmung von Staatsfunktionen in die grundrechtliche Berufsfreiheit nicht einbeziehen läßt<sup>717)</sup>. Dann kann die primäre Lücke nicht als geschlossen betrachtet werden. Der grundsätzlichen Klärung unserer Frage wegen, soll davon im folgenden ausgegangen und eine Normlücke angenommen werden.

---

712) S. oben S. 100

713) Dazu Engisch, S. 141; Keller, S. 67

714) Engisch, S. 141

715) Keller, S. 67

716) S. oben S. 100

717) Wie Rupp, Privateigentum, S. 16 FN 17

b) Die Gewinnung des analogen Obersatzes

Analogie ist die Anwendung von Rechtsfolgen eines Rechtssatzes auf einen Sachverhalt, der nicht durch Rechtssatz geregelt, dessen Anwendung aber wegen der rechtsethisch und rechtspsychologisch vergleichbaren Lage gerechtfertigt ist<sup>718)</sup>. Diese Begriffsbestimmung weist bereits auf die zweite logisch-deduktive Operation hin, die der Interpret vorzunehmen hat: Es ist ein analoger Obersatz zu bilden<sup>719)</sup>, aus dem sich die positive Regelung, wie auch der nicht geregelte Fall ableiten lassen<sup>720)</sup>. Dieser Obersatz ist dabei nach der rechtspolitischen Zwecksetzung und den tragenden Grundsätzen des positiven Rechtssatzes zu entwickeln. Das verlangt einen Vergleich des nicht geregelten Tatbestandes mit dem im Gesetz geregelten<sup>721)</sup> und ein Werturteil, das bestätigt, daß die Übereinstimmung der verglichenen Tatbestände auch für ihre rechtliche Wertung wesentlich ist<sup>722)</sup>. Man kann deshalb sagen, daß die Gewinnung des analogen Obersatzes im wesentlichen Problem-denken im Sinne der Viehwegschen Topik ist<sup>723)</sup>.

aa) Die Grundsätze des Art. 33 II GG

Art. 33 II hat den Wortlaut:

"Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung,  
Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte."

Seinem Wortlaut nach gibt Art. 33 II auf den ersten Blick nur beschränkte Auskunft über "Grundsätze und

---

718) Engisch, S.143 f.; Klug, S.101 f.; Bartholomeyczik, S.81

719) Dieser Obersatz ist jedoch kein Rechtssatz wie das RG meinte, E 137, 1(13). Denn er ist nur ein methodisches Hilfsmittel und enthält selbst keine unmittelbare generelle Verpflichtung, so auch Bartholomeyczik, S.84

720) Bartholomeyczik, S.83 und RGZ 137, 1(13)

721) Vgl. Keller, S.72; Der Grundgedanke der Analogie schlagwortartig gefaßt: Gleiches gleich zu behandeln. Ebenso Engisch, S.144

722) Larenz, S.288

723) Jesch, S.65; Viehweg, S.22

Werte", die dem Gesetzgeber bei seiner Abfassung vorschwebten. Dennoch hat die Auslegung dieser Vorschrift bisher kaum Schwierigkeiten bereitet<sup>724)</sup>. Kaum eine Vorschrift des Grundgesetzes hat so wenig Anlaß zu Streitfragen gegeben, wie Art. 33 II<sup>725)</sup>. Entsprechend wird Art. 33 II auch von der Kommentarliteratur interpretiert<sup>726)</sup>. Danach ist Art. 33 II nur Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 I GG, durch den das Ämterrecht seine nähere Ausgestaltung erfahren hat<sup>727)</sup>. Die Materialien bestätigen diese Auffassung. Der Antrag des Abg. Oberhard auf Streichung des Abs. 2, weil das Wesentliche bereits durch den Gleichheitssatz gesagt sei, wurde zwar mit 11:10 Stimmen abgelehnt<sup>728)</sup>. Doch nur, weil der Ausschuß damit dem Hinweis des Abg. v.Mangoldt folgte, der die Bestimmung für nötig hielt, da "das Recht auf ein öffentliches Amt auch in den Grundrechten der Vereinten Nationen eine Rolle spiele"<sup>729)</sup>. Art. 33 II diene der Vervollständigung des Grundrechtskatalogs, der ohne Abs. 2 lückenhaft sei. Zu den Grundrechten gehören auch die, "die für das öffentliche Leben von Interesse sein". Diese Interpretation führt im Schrifttum zu der resignierenden Äußerung, dem Abs. 2 des Art. 33 komme nur geringe praktische Bedeutung zu<sup>730)</sup>.

724) So Tietgen, S.330

725) Vgl. Tietgen, S.330. Vgl. wobei die Darstellung Tietgens, der Art.33 II bis auf die Ursprünge der Verfassungsbewegung zurückführt, S.331, 332

726) Eine Ausnahme macht nur Maunz, GG, Art.33, Rdn.12

727) v.Mangoldt-Klein, GG, Art.33 II 1a, S.799; Hamann, GG, Art.33 A1, S.253 und B2, S.255; Jess in BK Art.33 II2, S.4; Württ.Bal.VGH NJW 1950, S.837

728) Vgl. JÖR (1950) I, S.312

729) a.a.O., S.312

730) v.Mangoldt-Klein, GG, Art.33 IV1, S.805; Jess in BK Art. 33 II3, S.4; Ipsen, Gleichheit, S.193

Es fragt sich jedoch, ob diese Deutung, die den Abs. 2 tatsächlich als bloße Wiederholung oder Bekräftigung des allgemeinen Gleichheitssatzes betrachtet und damit im Ergebnis zu einer nichtssagenden Tautologie und Sinnentleerung führt, dem Abs.2 in seiner Stellung im Art. 33 gerecht wird.

Den Äußerungen der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten, Art. 33 II sei notwendig, weil sich auch in den Grundrechten der Vereinten Nationen das Recht auf ein Amt geregelt finde<sup>731)</sup>, kommt dabei nur geringe Bedeutung zu. Die Materialien können allenfalls Hinweise geben. Maßgebend ist der objektivierter Wille des Gesetzgebers, so wie er in der gesetzlichen Regelung zum Ausdruck gekommen ist<sup>732)</sup>.

Ausgangspunkt einer Auslegung, die dem Art. 33 II GG wieder zu einer eigenen und selbständigen Bedeutung verhilft<sup>733)</sup>, muß die Stellung des Abs.2 im Gesamtzusammenhang des Art. 33 sein.

Aus dieser Sicht wird deutlich, daß Art. 33 II sich nicht in einer Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes für ein spezielles Gebiet erschöpft<sup>734)</sup>, sondern darüber hinausgehend eine Verbindung der beiden Fragenkreise "Gleichberechtigung in staatsbürgerlicher Hinsicht" (Abs.1-3)

---

731) Vgl. JÖR (1950) I, S.312

732) Larenz, S.240; BVerfGE 1, 299(312); 10, 235(244)

733) Maunz in Maunz-Dürig, GG, Art.33 Rdn.11, sieht die Bedeutung des Art.33 II in dessen Ausgestaltung als "gerichtlich durchsetzbarem Recht". Das ist jedoch angesichts des Grundrechtscharakters beinahe selbstverständlich. Aus den weiteren Überlegungen Maunz (Rdn.16 ff.) ist zu entnehmen, daß er sich im tatsächlichen Ergebnis von der herrschenden Meinung trotz der gewählten Formulierungen nicht unterscheidet.

734) Im Folgenden kann zum Teil auf die oben S.88 gefundenen Ergebnisse zurückgegriffen werden.

und "öffentlicher Dienst" (Abs.4 und 5) herstellt<sup>735)</sup>. Diese "Nahtstellenfunktion" des Art. 33 II hat für seine Inhaltsbestimmung ganz konkrete Folgen. Abs.2 und Abs.5 sind in bewußte Beziehung zu setzen. Das heißt, wenn der Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Maßgabe der Befähigung auf den nur gleichen Zugang beschränkt ist - Art. 33 II lautet eben nicht "Jeder Deutsche hat .... Zugang zu jedem öffentlichen Amt" - nichts anderes, als daß in dem Prinzip des Abs.2 eine bewußte Abkehr von Art. 12 liegt. Denn nach Art. 12 müßte jedermann den Beruf eines Regierungsrates, Baurates usw. ergreifen können und im Ergebnis ein subjektives öffentliches Recht auf Verleihung eines bestimmten öffentlichen Amtes haben. Das wird von der herrschenden Lehre mit Recht abgelehnt<sup>736)</sup>.

Das BVerfG<sup>737)</sup> vertritt dagegen die Auffassung, Art. 12 I gelte grundsätzlich auch für den öffentlichen Dienst<sup>738)</sup>. Allerdings hält das Gericht sich ein "Hintertürchen" offen, um der Konsequenz eines Anspruchs des einzelnen auf ein bestimmtes öffentliches Amt zu entgehen, indem

---

735) Vgl. schon oben S. 88

und Hamann, GG, Art.33 A1, S.256;  
v.Mangoldt-Klein, GG, Art.33 II1b, S.798

736) v.Mangoldt-Klein, GG, Art.33 IV5, S.808;  
Hamann, GG, Art.33 B2, S.255; Jess in BK,  
Art.33 II3, S.4; BVerwG E 2, 151(153);  
Ipsen, Gleichheit, S.193 jeweils m.w.N.

737) E 7, 377(397)

738) Dem folgt Ule, Dienst, S.637; Art.12 gelte auch für Berufe, die in einem öffentlichen Dienstverhältnis ausgeübt werden. Ebenso Bachof, Freiheit, S.183. Allerdings ist das Zitat bei Ule, a.a.O., S.637 FN 337, soweit es Hamann betrifft, unrichtig. Denn Hamann vertritt an der angeführten Stelle (GG, Art. 33 2B2b, S.144) die Geltung des Art.12 lediglich für staatlich gebundene Berufe. Für den öffentlichen Dienst sieht er die Einschränkungsmöglichkeit im Gegensatz dazu in Art.33 V (Art.33 A1, S.252, B7b ii, S.260)

es weiter ausführt<sup>739)</sup>, Art. 33 ermögliche für den öffentlichen Dienst "aus der Natur der Sache" heraus weithin Sonderregelungen. Wörtlich heißt es: "Das hiernach mögliche Maß (?) an Freiheit der Berufswahl für die einzelnen wird durch den gleichen Zugang aller zu den öffentlichen Ämtern bei gleicher Eignung (Art. 33 II) gewährleistet". Damit wird im Ergebnis - und im konträren Widerspruch zu den eigenen Ausführungen auf S. 397 der Entscheidung, wonach die Freiheit der Berufswahl auch für den öffentlichen Dienst gilt - eben doch der Vorrang des Art. 33 II vor Art. 12 erklärt. Das erkennt das Gericht auch selbst, wenn es ausführt<sup>740)</sup>, daß im Grenzfall für den einzelnen die Berufswahl unmöglich sei<sup>741)</sup>.

Damit liegt der Bruch in den Ausführungen des BVerfG offen zu Tage; das Bekenntnis zu Art. 12 verliert an Überzeugung und ist in Wahrheit auch verfehlt. Die Rechtsprechung des BVerfG ist aber auch unlogisch. Denn danach gelten für den öffentlichen Dienst zwei Verfassungsbestimmungen, die sich gegenseitig widersprechen. Es wäre gerade Aufgabe der Rechtsprechung, einen etwa auftretenden Normwiderspruch zu lösen, nicht ihn erst zu schaffen.

Darüberhinaus: Worin sollte das mögliche Maß an Freiheit der Berufswahl<sup>742)</sup> bei der Beschränkung durch Art. 33 II noch bestehen?

Doch nur in der inneren Entschließungsfreiheit. Dazu hat das BVerfG jedoch an gleicher Stelle<sup>743)</sup> ausgeführt, daß sich die Begriffe "Wahl" und "Ausübung" nicht trennen lassen. Das Recht der freien

---

739) a.a.O., S. 398

740) a.a.O., S. 398

741) Das stimmt in der Tat. Mit der Berichtigung freilich, daß der "Grenzfall" wohl der Normalfall ist.

742) a.a.O., S. 398

743) a.a.O., S. 401

Berufswahl beinhaltet neben der inneren Entschlußfreiheit auch das "Recht zur Verwirklichung dieses Entschlusses"<sup>744)</sup>. Auch nach der Meinung des BVerfG ist das "mögliche Maß der Freiheit" eines Bewerbers auf ein Amt eben keine "freie" Berufswahl. Dann kann die vorangegangene Bemerkung über die grundsätzliche Geltung des Art. 12 I GG auch für den öffentlichen Dienst nur als eine leere Deklamation verstanden werden. Um dieser Konsequenz zu entgehen, sprechen Bachof<sup>745)</sup> von der Vorschrift des Art. 33 als lex specialis zu Art. 12 für den öffentlichen Dienst und Tietgen sogar<sup>746)</sup> von der Verbürgung des Grundrechts<sup>747)</sup> der Berufsfreiheit für den öffentlichen Dienst. Das Argument zu dieser Sicht des Abs.2 liefert gerade Abs.5 des Art. 33. Denn die Absätze 2 und 5 zusammen gelesen, zeigen, daß Abs.2 erst verständlich wird, wenn die Aussage des Abs.2 auf das Berufsbeamtentum beschränkt wird. Das Verständnis zu dieser Sicht des Art. 33 II GG erschließt sich auch noch durch folgende Überlegungen. Die Einschränkung eines Freiheitsrechts von so grundlegender Bedeutung wie Art. 12 versteht sich nicht von selbst<sup>748)</sup>. Wenn das BVerfG<sup>749)</sup> dies mit der

---

744) Bachof, Freiheit, S.191; ders. JZ 1958, S.468(469); Ueber, S.192 f.; Scheuner, DVB1. 1958, S.845(846)

745) Freiheit, S.184. Allerdings ist die globale Anführung des Art.33 zu ungenau. Die Abs.1,3 und 4 sind ersichtlich nicht einschlägig. Daß Abs.5 nicht paßt, wurde oben S.115 bereits nachgewiesen. Zutreffend zitiert dagegen Ule, Dienst, S.637 den Abs.2.

746) DJT-Festschrift, S.351

747) Die Bemerkung Maunz in Maunz-Dürig, GG, Art.33 Rn.16, S.13 FN 5, die herrschende Meinung spreche Art.33 II jeden Grundrechtscharakter ab, ist nicht zutreffend. Vgl. dazu v.Mangoldt-Klein, GG, Art.33 II 3b, S.801; Hamann, GG, Art.33 A3, S.254; Ule, Dienst, S.585; Tietgen, S.351

748) Vgl.dazu schon oben S.97 ff.

749) BVerfGE 7, 377(398)

"Natur der Sache" begründet, so mag ihm dabei das Richtige vorgeschwebt haben; eine verdeutlichende und klare Begründung ist dies jedoch nicht<sup>750)</sup>. Die Einschränkung eines Grundrechts aus der "Natur der Sache" heraus ist auch bedenklich. Grundrechtsschranken müssen ihre Grundlage unmittelbar oder zumindest mittelbar im Grundgesetz haben<sup>751)</sup>. Dem liegt die Erwägung zugrunde, daß Normen vom Rang der Grundrechte nicht durch außergrundrechtliche Rechtsnormen, erst recht aber nicht durch außerrechtliche Begriffe einschränkbar sein sollen. Überdies dürfte der Nachweis, daß die "Natur der Sache" als Grundrechtsschranke ihre Grundlage wenigstens mittelbar im Grundgesetz hat, kaum oder nur schwer geführt werden können. Richtig kann also nur sein, daß die Geltung des Art. 12 für den öffentlichen Dienst durch Art. 33 II eingeschränkt wird<sup>752)</sup>. Art. 33 II hat dabei lex specialis Funktion.

Inhaltlich, als Einschränkung des Art. 12, rechtfertigt sich Art. 33 II durch seine Stellung im "Beamtenartikel" 33. Die Absätze 4 und 5 regeln den öffentlichen Dienst. Der öffentliche Dienst ist grundsätzlich anders strukturiert als die sog. freien Berufe. Ihn kennzeichnet eine starke Abhängigkeit vom Staat (vgl. den Begriff Staatsdiener). Der Staat schafft die Ämterorganisation. Er richtet nur so viele Stellen ein, wie zur ordnungsgemäßen

---

750) Die Ungeeignetheit des Ausdrucks "Natur der Sache" als juristischen Fachausdruck hat unlängst Dreier, passim, besonders S.125 ff. nachgewiesen. Es lient auch der Klarheit, wie Dreier, S.127 ausgeführt hat, in der konkreten Argumentation die jeweils gemeinte "Sache" beim Namen zu nennen und die sie konstituierenden Merkmale darzustellen. Dies hat das BVerfG erst in E 17, 371 ff. nachgeholt.

751) v.Mangoldt-Klein, GG, Vorb.BXV1c, S.123; Hamann, GG, vor Art.1, 8, S.64

752) Vgl. BVerfGE 7, 377(398)

Erfüllung der anfallenden Aufgaben unbedingt nötig sind<sup>753)</sup>. Dazu ist er auf Grund seiner Organisationsgewalt berechtigt<sup>754)</sup>. Die Amtswalter (die Beamten) sind also von der Zahl der eingerichteten Amtsstellen abhängig. Die "Berufswahl" der Beamten bemißt sich damit nach der Zahl der Amtsstellen, die der Staat zur Verfügung gestellt hat<sup>755)</sup>.

So ist die Bestimmung des Art. 33 II, die nur gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern gewährt, folgerichtig.

Der Grundsatz des Art. 33 II GG kann demnach in der "Sonderregelung" gefunden werden, die er für die Berufswahl der Beamten trifft<sup>756)</sup>. Das Recht auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern verbürgt das Grundrecht der "Berufswahl" des öffentlichen Dienstes<sup>757)</sup>.

#### bb) Wertung

Mit der Untersuchung über Inhalt und Zweckbestimmung der Vorschrift des Art. 33 II sind die nötigen Voraussetzungen für einen Vergleich des durch Art. 33 also "mitgeregelten" öffentlichen Dienstes und der staatlich gebundenen Berufe mit Beleihung gefunden.

Ein Vergleich wird sofort die Übereinstimmung beider im Aufgabenbereich feststellen: Beide<sup>758)</sup> neh-

---

753) BVerfGE 17, 371(380)

754) BVerfGE 7, 397(398)

755) BVerfGE 17, 371(380)

756) Ausdrücklich anerkannt wird dies von Bachof, Freiheit, S.184; Tietgen, S.351; der Sache nach von Ule, Dienst, S.637

757) Tietgen, S.351

758) Es wurde schon darauf hingewiesen, daß im Folgenden nicht von den Berufen mit Erlaubnis die Rede ist.

men Staatsfunktionen wahr<sup>759)</sup>. Für die in einem "engen Abhängigkeitsverhältnis"<sup>760)</sup> stehenden Beamten ergibt sich dies als "ständige Aufgabe" bereits aus Art. 33 IV GG.

Aber auch die Träger staatlich gebundener Berufe mit Beleihung sind Träger von Staatsfunktionen, sind sie auch nicht in das Organisationssystem des Staates eingegliedert<sup>761)</sup>. Dieses gemeinsame Kriterium wurde auch bisher in den Mittelpunkt der Erörterungen gestellt<sup>762)</sup>.

Die einseitige Betonung<sup>763)</sup> dieses gemeinsamen Merkmals verwischt jedoch zahlreiche bedeutsame und prinzipielle Unterschiede.

Das gilt bereits für die Ausübung von Staatsfunktionen. Denn die Staatsfunktionen der Träger gebundener Berufe sind quantitativ begrenzt. Sie stehen ihnen nur in einem engen Rahmen nach Maßgabe der Delegation zu<sup>764)</sup>. Nun könnte eingewendet werden, daß wenigstens in diesem begrenzten Ausschnitt ihrer Tätigkeit Art. 33 II gelten müsse.

Das würde jedoch zum Ergebnis haben, daß zwei Verfassungsartikel - Art. 12 den Beruf, Art. 33 II die von den Berufsträgern ausgeübten Staatsfunktionen - einander widersprechend regeln würden. Das Bekenntnis zu Art. 12 wäre - wegen der Art. 33 II unterfallenden Staatsfunktionen - eine leere Deklamation; Art. 12 würde praktisch leerlaufen. Von einer eigentlichen Berufswahl könnte eben nicht gesprochen werden<sup>765)</sup>.

---

759) Das BVerfG spricht farblos von öffentlichen Aufgaben, E 7, 377 (398)

760) Vgl. Maunz-Jürig, GG, Art. 33 Rdn. 32

761) Vgl. Badura, Verwaltungsmonopol, S. 251

762) Deutlich Rupp, Privateigentum, S. 16 FN 27

763) Dazu schon oben S. 82

764) Vgl. Huber, Lb. I, S. 534

765) Vgl. oben die Kritik an der Rspr. des BVerfG, S. 73

Vor allem aber unterscheidet sich das soziologische Erscheinungsbild der Beamten und der staatlich gebundenen Berufe erheblich.

Die Tätigkeit der Beamten ist auf die Verwaltung eines Amtes gerichtet. Die in der Ausübung eines Amtes liegende hoheitliche Funktion ist ein hervorstechendes Wesensmerkmal des Beamtenverhältnisses (Art. 33 IV GG). In der Person des Berufsbeamten tritt der Staat selbst als Hoheitsträger mit den Staatsbürgern in Verbindung<sup>766</sup>). "Wenn der Organträger handelt, handelt mithin der Staat selbst"<sup>767</sup>). Die Beamten sind deshalb "Wesensbestandteile" des Staates.

Demgegenüber ist das Erscheinungsbild der staatlich gebundenen Berufe, nehmen sie auch eine Mittelstellung zwischen den sog. freien Berufen und dem öffentlichen Dienst ein, mehr den freien Berufen angenähert. Ihre Tätigkeit ist durch die Verrichtungen gewerblicher und freier Berufe geprägt, wie die Berufe der Schornsteinfeger, Hebammen und Notare zeigen. Die Wahrnehmung von Staatsfunktionen ist, wenn auch ein notwendiges, so doch nur ein Akzidenz. An dieser Ausprägung vermögen auch öffentlich-rechtliche Bindungen und Auflagen nichts zu ändern. Der zwischen beiden bestehende Wesensunterschied wird noch durch ein Weiteres verdeutlicht.

Die Beamten als Amtswalter sind in die vom Staat geschaffene Ämterorganisation eingegliedert. Das Umgekehrte gilt für die gebundenen Berufe. Diese sind aus dem Organisationssystem des Staates gerade ausgegliedert. Deshalb ist auch die Bemerkung des BVerfG<sup>768</sup>) nicht überzeugend, bei Berufen, die staatliche

---

766) Vgl. Brunnbauer, Diss., S.28

767) Brunnbauer, a.a.O., S.28

768) E 17, 371(380)

Aufgaben erfüllen, sei die Berufswahl nur im Rahmen der vom Staat geschaffenen Ämterorganisation erlaubt. Das würde voraussetzen, daß der Staat eine Ämterorganisation überhaupt eingerichtet hat.

Allgemein wird die Organisation als eine organisatorisch zusammengefaßte Einheit von Menschen und sachlichen Mitteln bezeichnet, mit dem Ziel, "eine bestmögliche Zusammenwirkungsordnung zwischen bestimmten Menschen zu schaffen, aufrecht zu erhalten und zu sichern"<sup>769)</sup>.

Demnach unterscheidet Rasch drei notwendig vorausgesetzte Elemente der Organisation: ein personelles (ein oder mehr handelnde Menschen), ein institutionelles (die das Verhalten der Organwalter regelnden organisatorischen Weisungen), und ein sachliches (die sachlichen Mittel) Element. Der Begriff der Ämterorganisation bedingt demnach die Einrichtung mit sachlichen Mitteln<sup>770)</sup> und eine organisatorische Zusammenfassung.

In diesem Sinne sind die staatlich gebundenen Berufe weder organisatorisch zusammengefaßt noch ist für sie eine "Organisation" mit sachlichen Mitteln<sup>771)</sup> eingerichtet<sup>772)</sup>.

Eine abstrakte (örtliche, vgl. §§ 10, 11 BNotO) Zuständigkeitsregelung und die Einrichtung einer Kanzlei mit eigenen Mitteln machen noch keine Organisation, wie Römer meint<sup>773)</sup>; andernfalls verfüigten Bezirksschornsteinfegermeister, Rechtsanwalt, Hebamme und nach früherem Recht auch der Kassenarzt über eine eigene Ämterorganisation!

---

769) Vgl. Rasch, Verwaltungsorganisation, S.3; ders. VerwArch.50, S.2

770) Wolff, Lb.II § 73 Id2, S.23

771) Auch Kämmerer, DVBl.1966, S.357(361) scheint der Meinung zu sein, daß bei dem Rechtsbegriff der Organisation die sachlichen Mittel nicht fehlen dürfen.

772) Vgl. noch Wolff, Lb.II § 73 Id2, S.23

773) S. 20, 22

Das wurde für diese Berufe noch nicht vertreten. Eine solche Annahme würde sich auch verbieten. Die staatliche Organisation ist privater Disposition vollkommen entzogen.

Denn wen ein Notar sein "Büro" einrichtet (Römer<sup>774</sup>) nennt dies "Einrichtung einer Notarstelle") und mit den erforderlichen Hilfsmitteln ausstattet, so ist damit nicht die "Aneidung" einer staatlichen Organisation errichtet. Der Notar tätigt dabei rein privatrechtliche Geschäfte. Auch wenn man diese als "Einrichtung einer Notarstelle" qualifiziert, so läßt sich daraus keine Verbindung zu der Einrichtung einer staatlichen Amterorganisation herstellen.

Nur auf diese bezieht sich der Sache nach Art. 33 II. Deshalb liegt die Kritik Römers an der von Joseph H. Kaiser in einem dem BVerwG erstatteten Rechtsgutachten<sup>775</sup>) geäußerten Ansicht, der Notar habe kein Amt i.S. des Art. 33 II GG, neben der Sache, wenn er ausführt, Kaiser vermische haushaltsrechtliche mit organisationsrechtlichen Begriffen.

Organisationsrechtlich genüge es für die Einrichtung eines Amtes, wenn die dafür notwendigen Hilfsmittel in irgendeiner Weise beschafft würden; ob dies mit öffentlichen oder privaten Mitteln geschehe, sei ohne Belang.

Kaiser verwechselte jedoch keineswegs die "organisationsrechtliche Notarstelle" mit der "haushaltsrechtlichen Planstelle".

Vielmehr übersieht Römer die spezifische Bedeutung des Art. 33 II, die sich nur auf die Staatsorganisation erstreckt.

---

774) S.21

775) "Zur Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses der Rechtsanwälte vom Notariat in den Gebieten des Rheinischen Notariats", in der Sache I C 148/60, in DNotZ 1962, S.149, entschieden vom BVerfGE 17, 381 ff., zitiert nach Römer, S.22 FN 1

Zahl und Art der einzurichtenden Ämter werden aber vom Staat bestimmt. Sie müssen in Haushalts- und Stellungsplänen vorgesehen und von den Parlamenten genehmigt sein<sup>776)</sup>.

Nur zu diesen Ämtern will Art. 33 II den gleichen Zugang gewähren<sup>777)</sup>.

In diesem Sinne (vgl. Gerichtsorganisation, Organisation der Finanzämter usw.) hat der Staat für die gebundenen Berufe keine Ämterorganisation eingerichtet<sup>778)</sup>. Daran vermögen auch Bestimmungen wie §§ 10 I, 11 I BNotO<sup>779)</sup>, § 1 VO über das Schornsteinfegerwesen<sup>780)</sup> oder § 13 HebammenG<sup>781)</sup> nichts zu ändern. Denn diese Vorschriften sind der Sache nach nichts anderes als Beschränkungen der Berufsausübung in örtlicher Hinsicht.

Nach allem kann man sagen, daß der Staat die gebundenen Berufe aus der "Hierarchie" des Staatsapparates<sup>782)</sup> entlassen und damit die Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse den Inhabern selbständiger Berufe überlassen hat<sup>783)</sup>.

Dieses Ergebnis kann auch nicht dadurch erschüttert werden, daß man sagt, die gebundenen Berufe nehmen Aufgaben wahr, welche der öffentlichen Hand vorbehalten sind<sup>784)</sup> und seien daher dem öffentlichen

---

776) Ebenso Ule, Dienst, S.585; Maunz-Dürig, GG, Art.33 Rdn.17, S.14; Tietgen, S.348/349; Rupp, DÖV 1963, S.678(681)

777) Es läßt sich deshalb zwar sagen, so Römer, S.22, der Notar bekleide ein öffentliches Amt. Das läßt sich jedoch nur im Sinne eines institutionalisierten Aufgabenkreises verstehen; zu dem in Art.33 II GG gemeinten Amt besteht deshalb ein erheblicher Unterschied.

778) Rupp, DÖV 1963, S.678(681) für die Notare

779) Dem Notar wird ein Amtssitz zugewiesen; Amtshandlungen darf er nur in einem bestimmten Bezirk wahrnehmen, der sich mit einem OLG-Bezirk deckt.

780) Einteilung in Kehrbezirke

781) Beschränkung der Tätigkeit auf einen zugewiesenen Bezirk

782) Rupp, NJW 1965, S.993(995)

783) Vgl.auch Bachof, Freiheit, S.186

784) So BVerwGE 2, 85(86); 4, 250(254); 6, 72(75); Reuß, NJW 1955, S.1532; Hamel, S.62

Dienst vergleichbar.

Denn der Staat hat in den Fällen der gebundenen Berufe gerade zu verstehen gegeben, daß er die Staatsfunktionen nicht seinem eigenen Verwaltungsapparat vorbehalten wolle. Mit der Delegation hat er auf sein Primat der Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse verzichtet. Dafür mag er vielerlei Gründe gehabt haben: Die Verwaltung wird entlastet, öffentliche Finanzmittel werden gespart, private Finanzmittel werden nutzbar gemacht. Gleichzeitig werden die Initiative und Sachkenntnis Privater genutzt. Wirtschaftliche Risiken werden auf Private verlagert und dadurch die Rentabilität der öffentlichen Verwaltung gesteigert.

Die gebundenen Berufe sind also im Gegensatz zu den der staatlichen Ämterorganisation eingegliederten Beamten dieser gerade ausgegliedert. Damit sind sie kaum noch vergleichbar. Die Vergleichbarkeit kann aber eben auch nicht durch die "Beschwörung" der Staatsfunktionen und der hoheitlichen Gewalt, die die Träger gebundener Berufe ausüben, herbeigeführt werden.

Die Entlassung der gebundenen Berufe aus der Ämterorganisation hat eine weitere Folge: Der Beamtenstatus ist nach Art. 33 V GG durch die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums besonders geschützt. Zu diesen gehören die Beamtenstellung als Lebensberuf, die Garantie gegen willkürliche Entlassungen, die Gewährung amtsgemäßen Unterhalts und amtsgemäßer Versorgung, um nur einige der wichtigsten zu nennen<sup>785)</sup>.

Diesen besonderen Schutz des Art. 33 haben die Träger gebundener Berufe mit ihrer Entlassung

---

785) Vgl. dazu im einzelnen Ule, Dienst, S.570 f.; Brunnbauer, Diss., S.43 f.

aus der Ämterorganisation verloren<sup>786)</sup>.

Der Verlust dieser versorgungsrechtlichen Ansprüche verwundert nicht, solange die private Tätigkeit anerkannt wird, Art. 12 Anwendung findet und die des Art. 33 unterbleibt. Diesen Weg ist jedoch, wie dargelegt, das BVerfG und ihm folgend das Schrifttum<sup>787)</sup> mit der analogen Anwendung des Art. 33 II GG nicht gegangen.

Allerdings ist das BVerfG mit der analogen Anwendung des Art. 33 auf halbem Wege stehen geblieben: Die Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 gelten nur insoweit, als sie geeignet sind, dem Staat die Dispositionsbefugnis über die Staatsfunktionen zu verschaffen. Die Aushöhlung der grundrechtlichen Berufsfreiheit wird hingenommen. Die analoge Anwendung des Art. 33 hinsichtlich der Versorgungsrechte und der sonstigen grundrechtlichen Gewährleistungen<sup>788)</sup> wird mit keinem Wort erwähnt<sup>789)</sup>.

Offensichtlich wollen diese Meinungen die teilweise Analogie einer Norm befürworten: Entsprechend angewendet wird nur der Teil einer gesetzlichen Regelung, der die eigene Argumentation stützt und die eigene Konzeption nicht stört.

Ungeachtet dieser Vorwürfe wird grundsätzlich auch die nur teilweise analoge Anwendung einer Norm vertreten<sup>790)</sup>, soweit dieses Problem vom Schrifttum erkannt wird. So führt Canaris aus<sup>791)</sup>, jede Analogie dürfe nur soweit gehen, als die

---

786) Vgl. dazu die Bemerkungen bei Rupp, NJW 1965, S.993(995); ders. Privateigentum, S.17 unter FN 27

787) Ganz deutlich bei Badura, Verwaltungsmonopol, S.257

788) I.S. BVerfGE 8, 1(17)

789) Nur Rupp, NJW 1965, S.995; ders. Privateigentum, S.17 FN 27 macht hiervon eine Ausnahme

790) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Lb.§ 58 II3, S.431; Canaris, Feststellung, S.150; ders. JZ 1963, S.655(662); ders. NJW 1964, S.1887(1991 FN36). Das übrige Spezialschrifttum schweigt zu dieser Frage.

791) JZ 1963, S.662

Rechtsähnlichkeit des gesetzlich geregelten und des nicht berücksichtigten Falles dies erfordert. Denn die Analogie sei nur zulässig, wenn "der innere Grund der gesetzlichen Regelung auch für den erweiterten Anwendungsbereich" gelte<sup>792)</sup>.

Die "Theorie" der "Teilanalogie", die im übrigen jeweils die Teilbarkeit einer Norm voraussetzt,<sup>793)</sup> muß, so bestechend sie auch zunächst klingen mag, überraschen. Galt doch bisher der Satz, daß die Norm, so wie sie vom Gesetzgeber erlassen ist, für den Rechtsanwender verbindlich sei. Nach Canaris steht der Interpret über dem Gesetz. Denn nunmehr bestimmt er nach seiner mitunter sehr subjektiven Wertung den Anwendungsbereich einer Norm.

Canaris kann auch nicht zugestimmt werden, wenn er meint<sup>794)</sup>, soweit die Rechtsähnlichkeit des gesetzlich geregelten und nicht berücksichtigten Falles reiche, dürfe auch die analoge Anwendung der Norm gehen. - Eine Analogie ist nur dann zulässig, wenn der gesetzlich geregelte und nicht berücksichtigte Fall einander rechtsähnlich sind. Fehlt es an dieser Rechtsähnlichkeit, dann verbietet sich eine analoge Anwendung überhaupt. Es besteht kein quantitativer Spielraum: Entweder die Fälle sind rechtsähnlich oder sie sind es nicht.

Darüberhinaus steht mit der "Rechtsähnlichkeit" erst eine Voraussetzung der Analogie fest. Methodisch konsequent ist zunächst ein analoger Obersatz zu bilden, aus dem sich beide Fälle ableiten lassen müssen. Ein solcher analoger Obersatz kann jedoch denknotwendig nicht "geteilt" werden, mit der Folge, nur den einen Teil anzu-

---

792) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., S.341

793) Dies ist gerade bei Art. 33 fraglich. Denn die besonderen Gewährleistungen des Abs.5 könnten sehr gut als Äquivalent für den Verzicht auf die volle Berufsfreiheit des Art.12 gesehen werden.

794) JZ 1963, S.662

wenden, den anderen aber nicht. Damit wird die methodische Konsequenz des Schlußverfahrens gestört.

"Teilanalogie" ist nicht mehr die entsprechende Anwendung einer Norm, sondern "folgerichtig" nur die "halbe" entsprechende Anwendung. Das ist jedoch ein innerer Widerspruch.

Eine analoge Anwendung des Art. 33 II müßte deshalb wegen des engen Zusammenhangs mit Abs.5 die versorgungsrechtlichen Regelungen des öffentlichen Dienstes<sup>795)</sup> mitumfassen<sup>796)</sup>. Der Unterschied zum Beamtenrecht ist dann allerdings nur noch gering<sup>797)</sup>.

Die bisherigen Ausführungen haben versucht, die Grundgedanken der Bestimmung des Art. 33 II aufzuzeigen. Als Zweck der Vorschrift wurde die lex specialis-Regelung zu Art. 12 für den öffentlichen Dienst herausgefunden. Es wird nur der gleiche Zugang zu den öffentlichen Ämtern gewährt. Das bedeutet: Bewerber des öffentlichen Dienstes genießen "freie Berufswahl" nur insoweit, als die vom Staat geschaffene Ämterorganisation dies erlaubt<sup>798)</sup>.

Der analoge Obersatz, aus dem sich die positive Regelung des Art. 33 II ebenso wie die nicht geregelten staatlich gebundenen Berufe mit Beleihung ableiten lassen müßten, müßte dann lauten:

"Jeder Deutsche, der sich um die Wahrnehmung von Staatsfunktionen bewirbt, hat hierzu gleichen Zugang."

---

795) Zur Begründung von Versorgungsrechten im Wege der Analogie vgl. BVerwG DVBl.1965, S.324 mit Anm. Ule. Dazu auch Vornelius und Schneider DVBl. 1966, S.130 und 133

796) Im Ergebnis wohl ebenso Rupp, Privateigentum, S.17 FN 26

797) Es ist Rupp zuzustimmen, daß der Staat den "Schritt zum Beamtenrecht" für die gebundenen Berufe dann zweckmäßigerweise gleich tun sollte.

798) BVerfGE 17, 371(380)

Zu diesen Personen gehören sowohl Beamte wie die Träger gebundener Berufe.

Dieser Obersatz würde aber, wie dargelegt, gerade nicht der Zwecksetzung des Abs.2 entsprechen.

Ein entsprechender Obersatz läßt sich für Abs.2 auch nicht bilden.

Abs.2 lautet, wie die obigen Ausführungen gezeigt haben, seiner Zwecksetzung und seinem Sinn nach ausführlicher:

"Jeder Deutsche, der sich um die Wahrnehmung von Staatsfunktionen in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis bewirbt, hat hierzu gleichen Zugang."

Denn die Bedeutung des Art. 33 II liegt in seiner "Nahtstellenfunktion"<sup>799)</sup>, er stellt die Verbindung der Fragenkreise "Gleichberechtigung" und "öffentlicher Dienst" (Art. 33 IV und V) her. So erhält Abs.2 seine Zweckbestimmung als lex specialis zu Art. 12, als Verbürgung des Grundrechts der "Berufsfreiheit" für den öffentlichen Dienst.

Abs.2 erhält seine inhaltliche "Erfüllung" erst durch die Absätze 4 und 5.

Damit im Zusammenhang steht das schon oben<sup>800)</sup> gefundene Ergebnis, daß der Amtsbegriff im verfassungsrechtlichen Sinne die Inkorporation seines Inhabers in die Staatsorganisation voraussetzt<sup>801)</sup>.

Dieser Zwecksetzung des Art. 33 II GG widersprechen die staatlich gebundenen Berufe mit Beleihung. Denn bei diesen hat sich der Staat die hoheitlichen Befugnisse gerade nicht seinem eigenen Verwaltungsapparat vorbehalten wollen. Er hat sie durch Inhaber privater Berufe versehen

---

799) Oben S. 122 f.

800) S. 88 ff.

801) Vgl. auch oben S. 129

lassen, die seiner Ämterorganisation ausgegliedert sind. Diese Unterschiede sind für die gesetzliche Regelung des Art. 33 II GG aber wesentlich.

Das gemeinsame Element der Wahrnehmung von Staatsfunktionen tritt demgegenüber in den Hintergrund. Damit verbietet sich die analoge Anwendung des Art. 33 II GG auf die staatlich gebundenen Berufe mit Beleihung.

## V. Die Organisationsgewalt

Die neuere Rechtsprechung des BVerfG<sup>802)</sup><sup>803)</sup> zu unserem Thema läßt eine bemerkenswerte Wandlung in der Begründung erkennen. Zwar fehlt auch jetzt nicht der schon beinahe obligatorische Hinweis auf die grundsätzliche Geltung des Art. 12 für die staatlich gebundenen Berufe. Jedoch verlagert sich das Gewicht der Entscheidungsgründe von der bisher im Mittelpunkt stehenden analogen Anwendung des Art. 33 auf die "Organisationsgewalt", die die Entscheidungen nunmehr tragen helfen soll<sup>804)</sup>.

Der Begriff der Organisationsgewalt wird nicht weiter verdeutlicht. Das BVerfG begnügt sich mit allgemeinen Ausführungen. Dort, "wo die Organisationsgewalt bestimmend sein muß"<sup>805)</sup>, nämlich bei den gebundenen Berufen auf Grund Beleihung, umfasse das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht die Freiheit des Zugangs zum Beruf. Dabei bestimme das Maß der öffentlich-rechtlichen Bindungen, ob die Berufsfreiheit hinter der öffentlichen Organisationsgewalt zurücktreten muß<sup>806)</sup>.

Das BVerfG stellt damit klar, daß Gegenstand der staatlichen Organisationsgewalt nicht nur der öffentliche Dienst ist und somit dem Rechtsverhältnis zwischen Funktionsträger und Staat keine entscheidende Bedeutung zukommt<sup>807)</sup>.

---

802) E 16, 6(21); 17, 371(380)

803) Es sei noch einmal darauf hingewiesen, daß die nachfolgenden Ausführungen sich nur auf die staatlich gebundenen Berufe auf Grund Beleihung beziehen.

804) Vgl. auch BGHZ 38, 228(235)

805) BVerfGE 11, 30(40)

806) BVerfGE 11, 30(40)

807) Römer, S.55

Wesentlich ist dagegen, daß die ausgeübten Tätigkeiten ihrer Funktion nach dem staatlichen Tätigkeitsbereich angehören<sup>808)</sup>. Insoweit sei die staatliche Organisationsgewalt bestimmend<sup>809)</sup>.

Das wird vollends deutlich in dem Urteil vom 5.5.1964<sup>810)</sup>. Die entscheidende Stelle soll der Deutlichkeit halber wörtlich wiedergegeben werden:

"Die Ausübung staatlicher Funktionen ist dagegen der Verfügungsfreiheit des einzelnen entzogen. Sie bedarf einer besonderen Ermächtigung, der Delegation durch den Staat. Bei Berufen, die die Erfüllung solcher Aufgaben zum Gegenstand haben, ist deshalb für die freie Berufswahl nur insoweit Raum, als es die vom Staat geschaffene Ämterorganisation erlaubt. Nur soweit der Staat Amtsstellen zur Verfügung stellt, kann der Beruf gewählt werden."

Die Zahl der erforderlichen Ämter bestimmt der Staat aber kraft seiner Organisationsgewalt<sup>811)</sup>.

Damit ist der Staat legitimiert, die Grundrechte und ihre Reichweite zu manipulieren.

Die angeführte Rechtsprechung des BVerfG veranlaßte Menger anlässlich seiner Besprechung der Entscheidung vom 5.5.1964<sup>812)</sup> zu der Frage<sup>813)</sup>, ob das Problem der staatlich gebundenen Berufe überhaupt noch einen Platz im Bereich des Art. 12 habe und im Hinblick auf die Ausübung "staatlicher Funktionen"<sup>814)</sup>, ob die staatlich gebundenen Berufe überhaupt als Berufe i.S. des Art. 12 angesehen werden könnten.

---

808) Das darf freilich nicht dazu verführen, den Begriff des Öffentlichen Dienstes in Art. 33 in einem funktional bestimmten Sinne zu gebrauchen, so wohl Römer, S.56/57.  
Dagegen Menger, VerwArch.56, S.82

809) Vgl. BVerfGE 11, 30(40)

810) E 17, 371(380)

811) BVerfGE 16, 6(24); 17, 371(381)

812) E 17, 371

813) VerwArch.56, S.81(82)

814) BVerfGE 17, 371(380)

Diese Frage wird von Kruse<sup>815)</sup> ganz eindeutig beantwortet: Ob und unter welchen Voraussetzungen jemand Notar werden könne, sei "keine Frage der freien Berufswahl, sondern der Justizverfassung". Auch wenn das BVerfG expressis verbis nicht so weit geht wie Kruse, der zudem Art. 12 völlig verkennt: Vom tatsächlichen Ergebnis her erscheint die Frage Mengers berechtigt.

Allerdings, dogmatisch gesehen richtiger und der Bedeutung des Grundrechts der Berufsfreiheit mehr angepaßt, ist die umgekehrte Fragestellung, ob nämlich die Organisationsgewalt des Staates überhaupt einen Platz im Bereich des Art. 12 hat und diesen für die gebundenen Berufe einzuschränken vermag.

#### 1. Der Begriff der Organisationsgewalt

Der Begriff der Organisationsgewalt ist noch nicht geklärt. Der Meinungsstreit betrifft besonders die Beliehenen. Denn für diese könnte es bezweifelt werden, daß sie von der Organisationsgewalt des Staates erfaßt werden. Denn bei den gebundenen Berufen mit Beleihung überwiegt - unbeschadet öffentlicher Bindungen - das Gepräge freier Berufe. Darauf stützt sich auch der Sache nach Rupp<sup>816)</sup>. Die dort geführte Argumentation klingt in der Tat überzeugend.

Die Organisationsgewalt könne nur soweit reichen und sei insoweit begrenzt, als sie Arbeitsplätze im "Rahmen des Haushaltsrechts und der Verwaltungszwecke" schafft. Denn in diesem Ausmaß bestimme sie den Umfang des staatlichen Organisationsapparates.

---

815) Diss., S.54 FN 203 für den Notar

816) Grundfragen, S.97; iers. DÖV 1963, S.678(681) mit Blickrichtung auf die Notare.

Für die Organisationsgewalt sei aber kein Raum, wenn überhaupt keine Amtsorganisation eingerichtet ist wie beim Notar - das gilt auch für die anderen gebundenen Berufe wie Schornsteinfeger, Hebamme usw. - sondern "gerade die Zulassung zum Beruf das berufsidientische 'Amt' erst begründet<sup>817)</sup>. Denn damit, daß der Staat Funktionen aus der von ihm beherrschbaren Amtsorganisation entläßt, habe er sie zugleich auch aus seiner Organisationsgewalt entlassen.

Damit wird die Frage nach der Reichweite der staatlichen Organisationsgewalt aufgeworfen. Kommt man nämlich zu dem Ergebnis, diese erfasse nur die Organe des Staates, so kann die Argumentation Rupps nicht bezweifelt werden; die Organisationsgewalt würde zu einer unzulässigen Grundrechtseinschränkung mißbraucht.

In der Literatur<sup>818)</sup> wird unter Organisationsgewalt die Kompetenz zur Bildung, Errichtung, Einrichtung, Änderung oder Aufhebung von Organen (Behörden) verstanden.

Organ aber ist ein institutionelles Subjekt, durch das eine rechtsfähige oder nicht rechtsfähige Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts rechtswirksam handeln kann<sup>819)</sup>.

Als "Subjekt transitorischer Wahrnehmungszuständigkeiten"<sup>820)</sup> ist das Organ von Personen, die fremde Angelegenheiten in eigener Trägerschaft wahrnehmen, zu unterscheiden<sup>821)</sup>. Zu diesen Personen, von Wolff als nur "Glieder" einer Organisation bezeichnet<sup>822)</sup>, gehören jedoch die Träger

---

817) Rupp, a.a.O., S.689

818) Anschütz, Komm. Art.3, Anm.3, S.52;  
Merk, Lb., S.436; Maunz-Dürig, GG, Art.84 Rdn.5

819) So Wolff, Lb.II § 74 If, S.35; anders  
Böckenförde, S.30 FN 32; "Nur juristische Person"

820) Wolff, Lb.II § 74 If8, S.38

821) Vgl. Wolff, Lb. § 104 Ie7, S.306

822) a.a.O., § 74 IIa, S.39/40

staatlich gebundener Berufe mit Beleihung.

Bei der engen Fassung des Begriffs der Organisationsgewalt würden sie dieser damit nicht unterfallen<sup>823)</sup>.

Die Vielfalt staatlicher Organisationstätigkeit, nicht zuletzt die Figur des beliebigen Unternehmers, macht jedoch deutlich, daß dieser Begriff der Organisationsgewalt zu eng ist.

Denn es gibt "organisatorische Gebilde" und Funktionsträger<sup>824)</sup>, die ohne Behörden- oder Organqualität zu besitzen, dennoch der Organisations-tätigkeit des Staates unterfallen.

Das zeigen die Beispiele des Wissenschaftsrates<sup>825)</sup> und des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung<sup>826)</sup>, sowie anderer beratender Beiräte und Kabinettsausschüsse<sup>827)</sup>.

Alle diese Gebilde sind nur zu Vorschlägen und Gutachten, kurz beratender Tätigkeit, berufen<sup>828)</sup>.

Ihrem Handeln kommt also im Gegensatz zu dem der Organwalter keine rechtserhebliche Wirkung zu; sie entbehren damit der Organqualität. Dennoch sind sie organisatorische Gebilde u n d Funktionsträger.

Auch die Beschränkung der Organisationsgewalt auf die institutionellen Formen des öffentlichen Rechts (Behörden, Ämter, Körperschaften usw.) kann nicht aufrecht erhalten werden.

Eine institutionelle Zusammenfassung ist für das Bestehen einer organisatorischen Einheit nicht

---

823) Um dieses Ergebnis zu vermeiden erweitert Wolff, a.a.O., § 78 Ia, S.95, die oben gegebene Definition um den Terminus "Glieder".

824) Dieser Ausdruck stammt von Forsthoff, Lb. § 22 2a, S.384, übernommen von Böckenförde, S.29

825) Errichtet durch Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern v.5.9.57. GMBL., S.553

826) G v.14.8.63. BGBl.I, S.685

827) Beispiele von Böckenförde, S.30 FN 32

828) Vgl. Art.2 Verwaltungsabkommen v.5.9.57 und §§ 2, 3 G v.14.8.63

begriffsnotwendig und der heutigen Organisation des Staates nicht mehr gemäß<sup>829)</sup>. Das zeigt das Beispiel des Beliehenen und damit auch des staatlich gebundenen Berufs mit Beleihung. Auch individuelle Personen können Funktionsträger sein<sup>830)</sup>.

In der weiten Fassung des Begriffs könnte man die Organisationsgewalt deshalb als die Kompetenz zur Errichtung, Änderung, Aufhebung und Bestimmung von Aufgaben von Funktionsträgern bezeichnen, "die als Handlungseinheiten einer in ihnen zur Erscheinung und Wirksamkeit kommenden Ganzheit tätig werden"<sup>831)</sup>.

Die Organisationsgewalt des Staates reicht also über die von ihm eingerichtete Ämterorganisation hinaus. Sie ergreift jeden Funktionsträger und damit auch die Träger gebundener Berufe mit Beleihung.

Nur so lassen sich die von ihnen vielfach ausgeübten Staatsfunktionen und die mitunter sehr ins Einzelne gehenden staatlichen Aufsichtsrechte<sup>832)</sup> befriedigend erklären. Die staatlichen Einflußnahmen werden durch die Reichweite der Organisationsgewalt erst legitimiert.

## 2. Die Grenzen der Organisationsnormen

Wurde oben die Reichweite der Organisationsgewalt bestimmt und kann das Unterfallen der gebundenen Berufe mit Beleihung darunter nicht zweifelhaft sein, so stellt sich dennoch die Frage nach den Grenzen der Organisationsgewalt. Denn auch den

---

829) So Forsthoff, Lb. § 22 2a, S.384

830) Ebenso Böckenförde, S.29/30

831) Böckenförde, S.29; ähnlich Forsthoff, Lb. § 22 2a, S.384; Ermacora, VVDStRL 16, S.233; Obermayer, S.117

832) Vgl. §§ 40 ff. VO über das Schornsteinfegerwesen

Staatsorganen und Funktionsträgern des Staates sind Grenzen gesetzt<sup>833)</sup>.

Allerdings erscheint es fraglich, ob es nur unter Berufung auf die Organisationsgewalt möglich sein soll, das Grundrecht der Berufsfreiheit gleichsam zur Disposition des Staates zu stellen. Solche Zweifel sind um so mehr berechtigt, als es für die gebundenen Berufe, wie dargelegt, nicht zugänglich ist zu sagen, wie es das BVerfG<sup>834)</sup> für den öffentlichen Dienst tun konnte, die Begrenzung der Zahl der Arbeitsplätze sei eine Selbstverständlichkeit, die sich aus der "Natur der Sache" ergebe. Für den öffentlichen Dienst rechtfertigte sich dies durch die verfassungsgesetzliche Regelung des Art. 33 II in Verbindung mit Abs. 4 und 5, deren direkte oder analoge Anwendung sich für die gebundenen Berufe jedoch verbietet.

So kommt Rupp<sup>835)</sup> - im Ergebnis sicher zu Recht - zu der Feststellung, daß der "gesamte grundrechtliche Status von jener gesetzeseingebundenen Organisationsgewalt" nicht absorbiert werden dürfte.

Das bedarf einer weiteren Untersuchung.

Organisationsrecht hat die Gestaltung der Funktionsträger zum Gegenstand<sup>836)</sup>. Dabei kann die Organisationsgewalt nicht als "Rechtstitelbegriff"<sup>837)</sup> aufgefaßt werden<sup>838)</sup>, der dazu dienen soll, bestimmte

---

833) Vgl. Forsthoff, Lb. § 22 2a, S. 379 und FN 2: - Gesetz, Haushaltsplan und die "materiellrechtliche Schranke", die Gesamtheit der öffentlich-rechtlichen Befugnisse nicht einzuschränken oder auszudehnen.

834) E 7, 377 (398)

835) DÖV 1963, S. 678 (681)

836) So Forsthoff, Lb. § 22 2a, S. 384

837) Böckenförde, S. 57

838) Als Rechtstitel wird sie aber vom BGH (in DÖV 1963, S. 696) angewendet, worauf Böckenförde hinweist, S. 57 FN 9. Dazu auch kritisch Rupp, DÖV 1963, S. 678 ff.

Tätigkeitsbereiche des Staates als "Prärogativen" oder "materielle Hoheitsrechte" für sich in Anspruch zu nehmen<sup>839)</sup>.

Sie ist vielmehr ein "beschreibender Sachbegriff" für einen bestimmten staatlichen Funktionsbereich<sup>840)</sup>.

Damit ist sie keine selbständige Kompetenz neben den drei bekannten Staatsgewalten, die ihre Rechtfertigung in sich selbst trägt<sup>841)</sup>, sondern in deren System eingeordnet<sup>842)</sup> und unterliegt als solche den Bindungen des Art.1 III GG.

Für die Bezeichnung und Einteilung der einzelnen Organisationshandlungen hat sich noch keine einheitliche Terminologie gebildet<sup>843)</sup>. Es ist auch fraglich, ob die Organisationsakte in ihrer mannigfachen Ausgestaltung überhaupt einer Systematisierung zugänglich sind. Ihr Bogen ist von der Regelung reiner Interna der Verwaltung - der Funktionsapparatur<sup>844)</sup> über Bestimmungen, die -zugleich- den Staatsbürger unmittelbar betreffen (Organisationsakte mit Außenwirkung), weit gespannt.

Aus diesem Rahmen deutlich hervorgehoben ist der Organisationsakt, der einer Privatperson einen institutionell öffentlichen Status verleiht<sup>845)</sup>, wie z.B. die Begründung des Beliehenenstatus.

Die Bedeutung eines solchen Aktes erschöpft sich nämlich nicht in der Errichtung eines neuen Funktionsträgers, was er sicher auch ist, sondern geht darüber hinaus: Der Beliehene erfährt eine "Rang-erhöhung!"<sup>846)</sup> Der Status des Trägers eines bisher

---

839) Böckenförde, S.56

840) Böckenförde, S.37; Obermayer, S.117:  
"Kein Inbegriff bestimmter Befugnisse."

841) So zutreffend Obermayer, S.117. A.A.Forsthoff, S.378: "der Staatsgewalt ipso iure gegeben".

842) Böckenförde, S.57; zustimmend  
Spanner, Buchbesprechung, VerwArch.65, S.394;  
Obermayer, S.117; Maunz-Dürig, GG, Art.84 Rdn.5

843) Vgl. die Versuche einer Systematisierung bei  
Böckenförde, S.47 f.; Ermacora, VVDStRL 16, S.205f.

844) So Rupp, Grundfragen, S.92

845) So ausdrücklich auch Böckenförde, S.51;  
Forsthoff, Lb. § 22 2a, S.384/385

846) So Böckenförde, S.51

ausschließlich privaten Berufes wird durch die Wahrnehmung staatlicher Kompetenzen "auch" öffentlich-rechtlich. Damit erhalten sie eine besondere Qualifikation, die in den einschlägigen gesetzlichen Regelungen ihren Niederschlag gefunden hat<sup>847)</sup>.

Hiermit im Zusammenhang steht, daß die Verleihung eines institutionell öffentlichen Status nur Funktionsträger betreffen kann, die außerhalb der unmittelbaren Staatsorganisation stehen. Denn die unmittelbare Staatsorganisation ist, worauf Forsthoff<sup>848)</sup> mit Recht hinweist, "immer und notwendig institutionell öffentlich", so daß sich ein Verleihungsakt erübrigt.

Nun werden die Beliehenen in einem weiteren Sinne auch in die staatliche Gesamtorganisation einbezogen, soweit sie nämlich den öffentlichen Status erhalten und damit mit der öffentlichen Ordnung im Zusammenhang stehen<sup>849)</sup>. Dadurch lassen sich jedoch die Unterschiede zu den der Amtsorganisation eingegliederten Amtswaltern, also den in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehenden Personen, nicht verwischen.

Von diesem zwischen den der Amtsorganisation eingegliederten und den ihr ausgegliederten Funktionsträgern hat jede organisationsrechtliche Regelung auszugehen.

Denn aus diesem Wesensunterschied ergibt sich deutlich, daß organisationsrechtliche Normen, die nicht nur Interna der behördlich organisierten Verwaltung regeln, von unterschiedlicher Intensität sein müssen. Denn es muß beachtet werden, daß die Staatsfunktionen im Falle der Beliehenen durch Inhaber selbständiger Berufe wahrgenommen werden.

---

847) Vgl. BNotO, HebammenG, VO über das Schornsteinfegerwesen

848) Lb. § 22 2a, S.384

849) So Böckenförde, S.51

Organisationsnormen erreichen diese in zweifacher Weise: einmal als öffentliche Statusträger, zum anderen als Inhaber eines privaten Berufes.

Die legitimierende Wirkung der Organisationsgewalt kann nun jedoch nur bis zu dem institutionell öffentlichen Status reichen. Im Bereich der privaten Berufstätigkeit hört das "rechtliche Können" des Staates, soweit er sich seiner "Hausgewalt bedient, auf. Das bedeutet:

Im Bereich der rein privatrechtlichen Tätigkeit eines Trägers eines staatlich gebundenen Berufes, soweit er als Schornsteinfeger Schornsteine reinigt, als Hebamme Hebammendienste leistet usw., kann der Staat nicht mittels seiner Organisationsgewalt, und durch sie legitimiert, Berufsregelungen treffen. Eingriffe und Regelungen sind ihm nur erlaubt, soweit sie der Aufsicht und der Kontrolle der von ihm delegierten Hoheitsbefugnisse dienen. Organisationsakte sollen den Träger eines gebundenen Berufes nur als öffentlichen Statusträger erreichen. Sie dürfen jedoch nicht seine Berufstätigkeit unterbinden. Viele organisationsrechtliche Normen, es sind in der Regel die umstrittenen, regeln jedoch beide Bereiche der gebundenen Berufe.

So werden nach § 4 I BNotO so viele Notare bestellt, wie es eine geordnete Rechtspflege erfordert. Für diese sog. Anwaltsnotare (§ 3 II BNotO) können die Landesjustizverwaltungen die Bestellung vom Vorhandensein eines Bedürfnisses an dem in Aussicht genommenen Amtssitz abhängig machen (§ 4 II2 BNotO<sup>850</sup>). Die organisationsrechtlichen Bestimmungen erfassen in diesem Fall den Notar sowohl als Statusträger wie auch als Inhaber eines privaten Berufes. Der private Status wird hierbei durch die Bedürfnisprüfung betroffen: Die Zulassung zum Beruf begründet

---

850) Dazu BVerfGE 17, 371 ff.

erst das berufssidentische "Amt". Die Regelung stellt sich in erster Linie als Eingriff in die Freiheit der Berufswahl dar<sup>851)</sup>.

Nun lassen sich beide Bereiche nicht immer scharf trennen, und es mögen auch Regelungen vorstellbar sein, die notwendig zugleich den privaten Status erfassen. Hier mag dem Staat ein gewisser Spielraum zugestanden sein<sup>852)</sup>, der aber immer an den Kriterien der grundrechtlich implizierten Verhältnismäßigkeit<sup>853)</sup> und der Erforderlichkeit ausgerichtet sein muß<sup>854)</sup>.

Diese Grenzen sind jedoch dann überschritten, wenn die organisationsrechtliche Regelung direkt in den grundrechtlich geschützten privaten Status eingreift. Solche Eingriffe sind, darauf wurde schon hinreichend hingewiesen, bei den Trägern staatlich gebundener Berufe in das Grundrecht der Berufsfreiheit erfolgt. Soweit reicht die legitimierende Wirkung der Organisationsgewalt in keinem Fall.

Der private Status darf nicht in seinem Kern ange tastet, in seinem "Wesensgehalt" verletzt werden.

Im Zusammenhang mit der hier gemachten Unterscheidung des öffentlichen und privaten Status der Träger gebundener Berufe mit Beleihung und der sich daraus er gebenden unterschiedlich weit reichenden "Ansprechbarkeit" durch die Organisationsgewalt stehen die Überlegungen Rupps<sup>855)</sup>, die das gefundene Ergebnis unterstützen können.

---

851) Weitere Beispiele sind: § 10 II HebammenG, §§ 1/10 VO über das Schornsteinfegerwesen.

852) Zumal, wenn man wie Böckenförde, S.81 der Auffassung ist, die Exekutivgewalt sei aus sich selbst, originär ... und eine eigenständige staatliche Funktion. Auf diese allerdings bestrittene Meinung braucht hier nicht eingegangen zu werden.

Vgl.dazu Spanner, Buchbespr. VerwArch.56, S.394

853) Dazu BVerfGE 17, 109(117)

854) Vgl.auch das BVerfG DVBl.1966, S.73 mit der Besprechung von Menger, VerwArch.57, S.177

855) Grundfragen, S.98; ders. DÖV 1963, S.678(681)

Nach Rupp wird das System des Verwaltungsrechts von zwei Kategorien (Rechtskreisen<sup>856)</sup>) von Rechtsnormen gebildet:<sup>857)</sup> den Innennormen<sup>858)</sup>, die das organschaftliche "Innenverhältnis" der Organwalter und Verwaltungsorgane untereinander regeln, und den Außennormen, die sich auf das "Außenverhältnis"<sup>859)</sup> zwischen Bürger und Staat beziehen.

Organisationsnormen auf dem Boden dieser Unterscheidung gehören grundsätzlich zu den Innennormen<sup>860)</sup>.

Allerdings können im Einzelfall Organisationsnormen auch "Außenwirkung" besitzen<sup>861)</sup> (nämlich wenn sie nach der hier gemachten Unterscheidung den privaten Status ansprechen), was Rupp gerade für das Notaramt bejaht<sup>862)</sup>.

Außenwirkung in diesem Sinne haben auch alle übrigen Organisationsnormen, soweit sie die Zulassung zu den staatlich gebundenen Berufen mit Beileihung regeln. Denn die Zulassung zum Beruf begründet jeweils erst das berufsidentische "Amt"<sup>863)</sup>. Damit trifft jede Zulassungsregelung zunächst gar nicht den öffentlichen Status: Funktionswalter wird der Bewerber ja erst mit der Bestellung zum Notar, Schornsteinfeger<sup>864)</sup> usw. Die Vielzahl der Bewerber um ein Notaramt, um die Überlassung eines Kehrbezirkes usw. wird vielmehr zunächst in ihrem privaten Status getroffen.

Die Zulassungsregelung verwehrt ihnen gerade den "Aufstieg" in den öffentlichen Status.

Bei organisatorischen Normen dieser Art steht also die Außenwirkung im Vordergrund.

---

856) Grundfragen, S.5

857) Grundfragen, S.4

858) Grundfragen, S.19 ff.

859) Grundfragen, S.104 ff.

860) Vgl. a.a.O., S.92

861) a.a.O., S.93 ff., 98

862) a.a.O., S.98

863) So die Formulierung von Rupp, DÖV 1963, S.681

864) So zutreffend der Hinweis bei Rupp, Grundfragen, S.97

Das hat zur Folge, daß sie nur in den für Außenrechtssätze vorgeschriebenen Formen, also als Gesetz oder Rechtsverordnung wirksam erlassen werden können<sup>865)</sup>. Diesem Erfordernis ist bei den die gebundenen Berufe betreffenden Normen, soweit ersichtlich, Genüge getan<sup>866)</sup>.

Jedoch sind der Organisationsgewalt im Bereiche des Außenrechts erheblich engere Grenzen gesetzt. Denn es ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung, wenn der Staat Staatsfunktionen aus seiner unmittelbaren Staatsorganisation entläßt und sie durch Inhaber privater Berufe versehen läßt<sup>867)</sup>. Zwar hat er sich damit nicht zugleich, wie festgestellt, seiner Organisationsgewalt begeben<sup>868)</sup>; eher ließe sich sagen, soweit der Staat in den grundrechtlich geschützten privaten Status von Funktionsträgern eingreift, habe er die Organisationsgewalt gar nicht gehabt, soweit reiche diese gar nicht. Vielmehr unterliegen staatliche Organisationsgewalt wie Organisationsnormen allen aus der Verfassung sich ergebenden Begrenzungen. Keinesfalls können diese zur "Etablierung grundrechtsleerer Räume" benutzt werden<sup>869)</sup>.

---

865) Rupp, a.a.O., S.98

866) Auf das Problem des Rechtssatzcharakters der Organisationsnormen, inwieweit sie grundsätzlich gesetzlicher Grundlage bedürfen, wie Spanner, DÖV 1957, S.640; Hamann, NJW 1956, S.1; ders., GG, Einf.ID7c, S.52; Ermacora, VVDStRL 16, S.191 passim, S.228, 233; Obermayer, S.116 f. meinen, oder nur, soweit sie nur die Rechte einzelner verletzen, so Forsthoff, Körperschaft, S.38; ders. Lb.§ 22 2a, S.379, 381; Böckenförde, S.81, 84; Rupp, Grundfragen, S.92; Ipsen, Diskussionsbeitrag VVDStRL 16, S.257; Peters, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 16, S.247(250); Merk, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 16, S.251 ist hier nicht einzugehen.

867) Mit Recht ebenso Bachof, Freiheit, S.186

868) Wie Rupp, DÖV 1963, S.681

869) Rupp, NJW 1965, S.993(996)

Denn die Organisationsgewalt ist mit ihrer grundsätzlichen Zugehörigkeit zur vollziehenden Gewalt<sup>870)</sup> gemäß Art. 1 III GG unmittelbar an die Grundrechte als geltendem Recht gebunden, die nach Art. 19 II GG nicht in ihrem Wesensgehalt angetastet werden dürfen. Diese Wesensgehaltssperre des Art. 19 II GG ist jedoch durch Normen mit Außenwirkung wie § 4 II BNotO und §§ 1, 10 VO über das Schornsteinfegerwesen überschritten.

Zwei Gründe, die sich gegenseitig ergänzen, sind es also, die die Einschränkung des Art. 12 durch die Organisationsgewalt verbieten: Erstens ist der private Status durch die Organisationsgewalt nicht ansprechbar, zum zweiten sind ihr in ihrer Außenwirkung durch die Art. 1 III und 19 II GG verfassungsunmittelbare Grenzen gesetzt.

Die Rechtsprechung des BVerfG kann also auch insoweit nicht überzeugen.

---

870) Böckenförde, S.78; Forsthoff, Lb.§§ 22 2a, S.378; Wolff, Lb.II § 78 Ia, S.95; wohl auch Rupp, Grundfragen, S.92; A.A.Hamann, GG, Einf. ID7c, S.52; Obermayer, S.117; Spanner, DÖV 1957, S.640(641)

### 3. TEIL: Zusammenfassung und Schluß

Die in der Untersuchung zur Aufgabe gestellte Frage nach der verfassungsrechtlichen Stellung der staatlich gebundenen Berufe ließ zunächst eine grundsätzliche Klärung des Begriffs dieser Berufe als notwendig erscheinen.

Dabei ergab sich die Ungeeignetheit dieses Terminus als Rechtsbegriff.

Die soziologische Erscheinung der staatlich gebundenen Berufe läßt sich nur deskriptiv darstellen. Eine Gesamtbetrachtung ließ vier das Wesen der gebundenen Berufe ausmachende Strukturelemente erkennen: Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, das Bestehen öffentlich-rechtlicher Berufspflichten, einer öffentlich-rechtlichen Verantwortung und einer besonderen Aufsicht.

Dabei wurden zwei Erscheinungsformen der staatlich gebundenen Berufe entdeckt, zwischen denen ein materialer Wesensunterschied besteht:

Es gibt Träger staatlich gebundener Berufe, die öffentlich-rechtliche Befugnisse ausüben.

Diese werden in Anlehnung an das Rechtsinstitut der Beleihung "staatlich gebundene Berufe auf Grund Beleihung" genannt.

Für die übrigen gebundenen Berufe wurde die Bezeichnung "staatlich gebundene Berufe mit Erlaubnis" gewählt.

So verschieden auch die beiden Gestaltungsformen sind, es verbleibt ihnen als gemeinsames Merkmal die Prägung durch die für beide übereinstimmenden vier Strukturelemente.

Jede berufsgesetzliche Regelung, deren Ausgestaltung die vier genannten Strukturelemente erweist, schafft einen staatlich gebundenen Beruf, der einer der beiden Gestaltungsformen unterfällt.

Die getroffene Unterscheidung erleichtert die verfassungsrechtliche Untersuchung.

Staatlich gebundene Berufe mit "Erlaubnis" sind "private" Berufe. Die Geltung des Grundrechts der Berufsfreiheit darf für sie nicht bezweifelt werden. Für die staatlich gebundenen Berufe auf Grund "Beleihung" wurde in der Diskussion eine Spannungssituation angenommen, die von dem Gegensatz zwischen "Beruf" und "Amt" beherrscht wurde.

Das führte zu jener Rechtsprechung, die die Verfassungsmäßigkeit einer Bedürfnisregelung oder eines numerus clausus aus der rechtlichen Ordnung einer gesetzlichen Regelung zu begründen und zu legitimieren sucht und diesen Gegensatz zuungunsten der staatlich gebundenen Berufe unter einseitiger Betonung des "Amtscharakters" löst.

Die darin liegende petitio principii wurde nachgewiesen. Die Zulässigkeit der "Heranführung an den öffentlichen Dienst"<sup>871)</sup> ist nicht der gesetzlichen Regelung zu entnehmen, sondern gerade an Art. 12 zu messen.

Der Träger eines staatlich gebundenen Berufes bleibt trotz Beleihung mit Hoheitsbefugnissen "privatrechtliches" Rechtssubjekt. An dieser privaten Rechtsträgerschaft scheitert die direkte oder analoge Anwendung des Art. 33 GG; sie kann auch nicht mittels der Organisationsgewalt "unterwandert" werden. Auch für die staatlich gebundenen Berufe mit Beleihung kommt als Maßstab nur Art. 12

---

871) BVerfGE 7, 377(398)

I GG in Betracht. Weder die Organisationsgewalt noch Art. 33 II GG stellen s. elbständige "Gegenpole" zu Art. 12 dar<sup>872)</sup>.

Als "klare materielle Wertentscheidung des Grundgesetzes"<sup>873)</sup> gilt Art. 12 auch für die gebundenen Berufe.

Auf der anderen Seite darf der Gesetzgeber dem Freiheitsstreben des Individuums nicht ausgeliefert sein. Das freie "wirtschaftspolitische, sozialpolitische und berufspolitische Ermessen"<sup>874)</sup> des Gesetzgebers muß - gerade bei der Spannungssituation Mensch-Gesellschaft - gewahrt bleiben.

Das kann auch nach der hier vertretenen Auffassung nicht geleast werden.

Der Gesetzgeber bleibt jedoch bei der Verwirklichung seines Ermessens an die Grenzen des Art. 12 gebunden. Seine Ordnungsfunktionen sind durch den Regelungsvorbehalt des Satz 2 beschränkt<sup>875)</sup>.

Die lange Zeit streitige Frage nach dem Umfang der Regelungsbefugnis in Art. 12 I 2 GG<sup>876)</sup> darf heute nach den Erkenntnissen des BVerfG<sup>877)</sup> im sog. Apothekenurteil<sup>878)</sup> als geklärt gelten.

An der dort entwickelten Stufen- oder Differenzierungstheorie, die hier im einzelnen nicht darzulegen ist, sind auch die die Berufsfreiheit der staatlich gebundenen Berufe einschränkenden "Sonderregelungen" zu messen.

---

872) So auch Hoffmann, DVBl.1964, S.463

873) BVerfGE 7, 377(404)

874) BVerfGE 7, 377(400)

875) Ebenso für die Verwaltungsmonopole Nipperdey, Grenzen, S.245

876) Vgl. die Nachweise bei v.Mangoldt-Klein, GG Art.12 IV, S.364-370

877) Im Anschluß an Über, S.103, 192 und v.Mangoldt-Klein, a.a.O., S.370 f.

878) E 7, 377 ff.

Bestimmungen wie § 4 I BNotO, 10 I HebammenG, §§ 1, 10 VO über das Schornsteinfegerwesen sind objektive Zulassungsbeschränkungen. Ihre Erfüllung ist dem Einfluß des einzelnen schlechthin entzogen.

An die Verfassungsmäßigkeit solcher Bestimmungen sind deshalb besonders strenge Anforderungen zu stellen. Nur "die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlich schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut"<sup>879)</sup> rechtfertigen derartige Eingriffe.

Die Einschränkung des Grundrechts der Berufsfreiheit auf der Stufe der objektiven Zulassungsvoraussetzungen (dem engsten Schutzbereich) darf erst dann erwogen werden, wenn die dadurch abzuwendenden Gefahren nicht schon durch andere, nicht oder nicht im gleichen Maße grundrechtsbeschränkende gesetzliche Regelungen verhütet oder vermindert werden können<sup>880)</sup>.

Die Gefahren sind konkret nachzuweisen<sup>881)</sup>. Das setzt ein gewissenhaftes Eingehen auf die Problemlage und eine gründliche Erörterung der gesetzlichen Regelung mit ihren Zielen und Zwecken voraus<sup>882)</sup>. Formelhafte Wendungen wie "öffentliche Aufgaben"<sup>883)</sup>, "Natur der Sache"<sup>884)</sup>, "Organisationsgewalt"<sup>885)</sup> usw. stehen nur an Stelle einer Begründung.

Insoweit stellt die Untersuchung zugleich eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BVerfG und dem seine Thesen zum Teil kritiklos übernehmenden Schrifttum dar.

---

879) BVerfGE 7, 377(408)

880) So auch das BVerfGE 7, 377(442)

881) So auch Hoffmann, DVBl.1964, S.464

882) Beispielhaft insoweit BVerfGE 7, 377 (413-444); 11, 30(41, 49).

Vgl.auch Rupp, NJW 1965, S.994

883) Nach einem Urteil des BGHZ NJW 1962, S.631(632) ist auch die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts eine öffentliche Aufgabe.

884) BVerfGE 7, 377(398)

885) BVerfGE 17, 372(380)

In diesem Rahmen war es das Bemühen der vorliegenden Arbeit, an Stelle meist sehr "eigenwilliger Spekulationen"<sup>886)</sup> mit Wertsystemen, Wertordnungen, Grundprinzipien usw. eine logisch-juristische Auslegungsmethode zu verfolgen.

Der Grundrechtsgehalt darf nicht bloßen "Blankettbegriffen" und "Gemeinwohlphrasen"<sup>887)</sup> preisgegeben werden. Dafür stehe ein Beispiel, das die "besondere Verantwortung und Pflichtgebundenheit" des Richters gegenüber der Verfassung<sup>888)</sup> freilich missen läßt: "Jedenfalls rechtfertigt die Bedeutung der Standfestigkeit der Gebäude für die öffentliche Sicherheit die Einführung einer Altersgrenze für die Prüflingenieure". (Und damit die Einschränkung des Grundrechts der Berufsfreiheit.)<sup>889)</sup> -

Es kommt einer Aufgabe der Verfassung gleich und führt auf geradem Weg zum "Leerlaufen der Grundrechte", die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung mit dem Gedanken eines "vorverfassungsmäßigen"<sup>890)</sup> oder "vorrechtlichen" Gesamtbildes zu legitimieren<sup>891)</sup>, wie Bachof es tut<sup>892)</sup>.

Dennoch wird der Gedanke des "vorverfassungsmäßigen Gesamtbildes" als Interpretationsmittel verwandt<sup>892)</sup>.

---

886) Vgl. Hoffmann, DVBl. 1964, S.457(460)

887) Rupp, NJW 1965, S.993(994)

888) Rupp, NJW 1965, S.993

889) BVerwG DÖV 1960, S.148(149)

890) So BVerfGE 2, 380(403); BVerwGE 1, 159(161); bayVerf GH E NF 4II275(276) ; hess.StGH VerwRSpr.6, 422(425)

891) Der Ausdruck stammt von Nawiasky, S.138

892) Bachof, Freiheit, S.202; zurückhaltender schon zus.m. Heidenhain, Berufsfreiheit, S.31; Stern, NJW 1958, S.695; im Sinne von "Vorverständnis" Ehmke, VVDStRL 20, S.70; Graf v. Pestalozza, Der Staat 2, S.431; Draht, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 20, S.106 f. Differenzierend Ossenbühl, DÖV 1965, S.649(656) Skeptisch Kaiser, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 20, S.126; Jesch, S.73. Ablehnend Nipperdey, Grenzen, S.243

Dieses Auslegungsmittel ist jedoch in aller Regel ungeeignet. Es birgt die Gefahr in sich, daß "subjektive Wertungen den Vorrang vor nüchterner Verfassungsanalyse" erhalten<sup>893)</sup>.

Mit Art. 1 23 GG hat die Verfassung selbst zum Ausdruck gebracht, daß sie ein "vorverfassungsmäßiges Gesamtbild" nicht kennt<sup>894)</sup>. Das gilt sowohl, wenn die Vorschrift einzelnen Bestimmungen des Grundgesetzes, als auch wenn sie - geschriebenen oder ungeschriebenen - allgemeinen "Verfassungsgrundsätzen der freiheitlichen Demokratie"<sup>895)</sup> widerspricht.

Verfassungsinterpretation ist Gesetzesinterpretation, und Gesetzesinterpretation sollte juristischen, logisch-exakten Auslegungsmethoden folgen.

Die Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, daß auch die staatlich gebundenen Berufe unter dem Primat der Grundrechte stehen. Auch für sie sollte der Satz gelten: In dubio pro libertate!<sup>896)</sup>

Nur diese Auslegung vermag dem Grundrecht der Berufsfreiheit als materieller Wertentscheidung auch für die staatlich gebundenen Berufe gerecht zu werden.

---

893) Jesch, S.73

894) So überzeugend Nipperdey, Grenzen, S.243

895) BVerfGE 6, 389(419)

896) Diese Maxime ist umstritten.

Bejahend: Uber, S.28; Wintrich, Auslegung, S.6;

Schneider, In dubio, S.263 f.(289); ders.

VVDStRL 20, S.31(114); Dürig, AÖR 81, S.123;

Bachof, Verfassungsrecht, S.21.

Ablehnend: Ehmke, VVDStRL 20, S.86;

Keller, S.278; Salzwedel, AÖR 87, S.84;

Skeptisch: Ossenbühl, DÖV 1965, S.649(658).

Die Kritik Kellers (a.a.O., S.278), der sich Ehmke angeschlossen hat, "im Zweifel gelte weder die freiheitlichere noch die unfreiheitlichere, sondern die richtige Regelung", geht wohl an der Sache vorbei. Denn der "In-dubio-Satz" soll ja gerade dazu dienen, die "richtige" Regelung zu finden. So zutreffend auch Ossenbühl, a.a.O., S.658.

Zur Wahrung des Gehalts von Grundrechten vermag die Maxime sehr wohl beizutragen.

## LEBENS LAUF

Am 8. Februar 1941 wurde ich als Sohn des Diplom-Ingenieurs Friedrich Wilhelm Burger und seiner Ehefrau Vera, geborene Ragowski, in Bremen geboren.

Nach dem Besuch der Volksschulen in Kürnbach/Baden und Bremen bestand ich im Frühjahr 1961 am humanistischen Alten Gymnasium in Bremen die Reifeprüfung.

Nach Ableistung meines Wehrdienstes vom 4. April 1961 bis zum 15. April 1962 begann ich im Sommersemester 1962 das Studium der Rechtswissenschaft an der Albert-Ludwigs Universität in Freiburg. Nach siebensemestrigem Studium in Freiburg und Marburg bestand ich am 5. Januar 1966 vor dem Prüfungsausschuß des Juristischen Prüfungsamtes beim Oberlandesgericht Frankfurt die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung.

Seit dem 1. September 1966 stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Hessen.

Meine Mutter ist am 15. September 1956 gestorben. Seit dem 2. September 1966 bin ich verheiratet.

Marburg, den 9.11.1966

Friedrich Burger









